Der Anspruch des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen auf die Sache nach §§ 994 bis 1003 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Franz Xaver Schirferneder

Gerichtsreferendar aus München.

Würzburg 1936.

Buchdruckerei Richard Mayr

1936/200

Referent:

Univ.-Professor Dr. Kübler.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

I. Teil

Bestimmungen des römischen Rechts — Seite

1. Begriff und Arten der impensae 1
   a) Begriff der Verwendungen 1
   b) Einkommenverwendungen 2
   c) Kapitalverwendungen 3
2. Das Recht des Besitzers auf Ersatz von Kapitalverwendungen 4
   a) Verrechnung mit den gezogenen Früchten . . . 4
   b) Regelung des Ersatzanspruches 4
      aa) impensae necessariae 4
      bb) impensae utiles 5
      cc) impensae voluptariae 7
3. Wechsel in den Personen 7
4. Mittel zur Durchführung des Ersatzanspruches . . . 7
   a) Das Retentionsrecht 7
   b) Stellung des römischen Rechts zur Frage nach der Klagbarkeit des Ersatzanspruches 9
   c) Das jus tollendi 10
5. Ueberblick 12

II. Teil

Die Vorschriften im BGB.

Einleitung 14
1. Begriff und Arten der Verwendungen 14
   a) im BGB. 14
   b) die Petrażyckische Theorie im BGB 16
   c) Notwendige und andere als notwendige Verwendungen . 17
2. Das Recht des Besitzers auf Ersatz 18
   a) Begriff des Besitzers 18
   b) Bei den notwendigen Verwendungen 19
   c) Bei anderen als notwendigen Verwendungen . . . 23
   d) Rechtsnatur des Verwendungsanspruchs 24
3. Wechsel in der Person der Beteiligten 24
4. Die Geltendmachung des Verwendungsanspruches . . 26
   a) Das Zurückbehaltungsrecht 26
   b) Das Klagerecht 28
   c) Das Selbstbefriedigungsrecht 30
   d) Das Abtrennungsrecht 32
   e) Verwendung auf die Früchte 35

Literaturverzeichnis.

Baring: Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz, Sächs. Arch. z. BGB. Bd. 14.
Biermann: Sachenrecht 1914, 3. Auflg. u. 2. Auflg. 1902.
Brückmann: Geschäftsführung ohne Auftrag, 1903.
Cosack: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 6. Aufl. 1913.
Crome: System des deutschen bürgerl. Rechts, Bd. 2, 1902.
Czyhlarz: Die Eigentumserwerbsarten des Pandektentitels: de acquirendo rerum dominio 41, 1 Bd. 1 Erlangen 1887.
Dernburg: Lehrbuch des bürgerl. Rechts 1906.
— Pandekten 7. Aufl. 1902.
Endemann: Sachenrecht 1905.
Florey: Der Verwendungsanspruch. Leipz. Diss. 1904.
Gisevius: Der Verwendungsanspruch. Marb. Diss. 1929.
Glück: Pandekten, 8. Teil. Erlangen 1807.
Goldmann-Lilienthal: Das bürgerl. Recht. 1912.
Hellmann: Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 67.
Jagemann: Weiskes Rechtslexikon, Bd. 6 1845.
Kretzschmar: Sachenrecht. 1906.
Leipziger Zeitschrift: 29 300 Fuchs.
Lent: Begriff der auftragslosen Geschäftsführung 1909.
Morgenroth: Der Verwendungsanspruch des Besitzers. Erlanger Diss. 1904.
Müller-Meikel: Bürgerliches Recht, II. Aufl.
Oertmann: Kommentar des Rechts der Schuldverhältnisse. 1906, 2. Aufl.
Pernice: Labeo, Römisches Zivilrecht, 2. Bd. 2. Auflg. 11. Abtlg. Halle 1895.
Petrażycki: Lehre vom Einkommen. Bd. 1 1893.
Planck: Kommentar zum BGB, 1920 3. Auflage.
Reichsgericht: Band 117, 115. Z.
R.G.R.K.: Kommentar zum BGB. 1928.
Siber: Rechtszwang im Schuldverhältnisse nach deutschem Recht. 1903.
Schlegelberger: Zurückbehaltungsrecht. 1904.
Staudinger: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 1926.
— Kommentar zum Sachenrecht. 1926.
Wolff: Das Recht zum Besitz. Berlin 1910.
— Sachenrecht. 1928. 6. Auflage.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Auflage. 1906.

Einleitung.

In der vorliegenden Abhandlung soll die Lehre von den Verwendungen wie sie im BGB geregelt wurde, dargestellt werden.

Da sie bereits das römische Recht entwickelt hatte, erschien es notwendig zuerst den römischen Quellen nachzugehen und die dort getroffenen Bestimmungen des näheren darzulegen. Dadurch ergab sich von selbst die Zweiteilung der Arbeit. Der erste Teil befaßt sich mit dem C.J.; im zweiten Teil werden die Rechtssätze des BGB über dieses Institut besprochen unter jeweiliger Gegenüberstellung zu den Bestimmungen des römischen Rechts.

I. Teil.

Bestimmungen des römischen Rechts.

Das alte jus civile gab dem Besitzer gegenüber dem vindizierenden Eigentümer keinerlei Möglichkeit für von ihm auf die Sache geleistete Aufwendungen Ersatz zu verlangen. Erst im Laufe der Zeit milderte sich die Strenge des jus civile; der Prätor erst konnte hier mit der ausgleichenden aequitas unbillige Härten verhindern. für ihn galt der Satz: „jure naturae aequum es neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem." Paul D. 50. 17. 206. Diesem Suchen des Tat-Richters nach materieller Gerechtigkeit stand zur Seite eine dauernd sich fortbildende Wissenschaft.

1. Begriff und Arten der Verwendungen.

a) Begriff der Verwendungen.

Zunächst ist auf den Begriff „Verwendungen", wie er sich aus dem C.J. ergibt, einzugehen. Der Verwendungsbegriff interessiert hier weniger von der aktiven Seite — der Tatsache der Hingabe eines wirtschaftlichen Gutes — als vielmehr von der durch die Hingabe erlittenen Einbuße an derartigen Gütern, also von der passiven Seite.

Die Römer gebrauchten vier verschiedene Ausdrücke: impensa, expensa, impendium und sumptus.

Die gemeinrechtlichen Bestrebungen nach einer Trennung dieser Ausdrücke waren ohne Erfolg. Ebenso auch vom Verfasser angestellte Untersuchungen, ob diese Ausdrücke mit verschiedener Bedeutung gebraucht wurden. Die „impensae" sind im C.J. am ge-

bräuchlichsten, weshalb man sie wohl auch heute am meisten gebraucht.

Im C.J. ist eine Definition des Impensenbegriffes nicht enthalten.

b) Einkommenverwendungen.

Nach dem C.J. kann man die Impensen in zwei Klassen einteilen und zwar in die auf die Gewinnung von Früchten gemachten Aufwendungen „impensae in fructus" und solche auf die Sache selbst „impensae in rem", die wiederum zerfallen in impensae necessariae, utiles und voluptuariae.

Petražycki[1]) hat nachzuweisen versucht, daß bei der Feststellung der Ersatzfrage nicht maßgebend war die Einteilung in impensae in fructus und impensae in rem. Nach ihm besteht zwischen beiden Impensenarten kein Unterschied, beide sind vielmehr gerichtet auf die Sache selbst; er behauptet, daß die Aufwendungen für die Erhaltung oder Besserung der Sache ebenso auch einer Steigerung oder Besserung der Fruchtproduktion dienen. Petražycki weist dies an den Verhältnissen der dos nach (de impensis in res dotales factis D. 25. 1.).

Die impensae necessariae, die später noch behandelt werden sollen, werden hier dem Manne stets ersetzt; sie vermindern die dos. Da er aber die Nutznießung hat und die Früchte zieht, fallen diese Verwendungen als „onus fructuum" ihm zur Last.

Nach D. 25. 1. 1. 3. wird die vom Manne ausgelegte cautio damni infecti als impensa necessaria in rem behandelt.

Von den Steuern dagegen heißt es in D. 25. 1. 13 „neque stipendium neque tributum ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest". Diese beiden Fälle haben mit der Erhaltung der Sache oder mit der Fruchtziehung an sich nichts zu tun.

Petražycki stellt vielmehr als deren wesentlichen Unterschied auf, daß die cautio damni infecti nur einmal vom Manne zu leisten ist, während die Steuern laufend erhoben werden.

In D 24. 3. 7. 16. heißt es: „impendi autem fructuum percipiendorum Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est, quodque in tutelam aedificiorum aegrunve servum curandum, scilicet si ex aedificio vel servo fructus aliqui percipiebantur, sed hae impensae non petentur, cum maritus fructum totum anni retinet, quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est. plane si novam villam necessario exstruxit vel veterem totam sine culpa sua collapsam restituerit, erit eius impensae petitio: simili modo et si pastina instituit, hae enim impensae aut in necessarias aut utiles cedunt pariuntque marito actionem". Petražycki weist seine Lehre noch an einer Reihe von Stellen des C.J. nach.

---

1) Petražycki S. 158.

Das Ergebnis seiner Untersuchungen ist: entscheidend ist, ob es sich um einmalige, nicht vorauszusehende und mit außerordentlichen Mitteln zu bestreitende Ausgaben handelt oder um laufende, periodisch wiederkehrende. In dem Sprachgebrauch und in den Definitionen unterscheiden die römischen Juristen die impensae in rem und die impensae in fructus factae. Ihre praktischen Entscheidungen aber werden durch einen davon grundverschiedenen Gegensatz geleitet.

Die Unterscheidung zwischen periodischen und einmaligen Ausgaben ist in der Tat keine zufällige und oberflächliche, sondern hat ihre tiefe Begründung im Wesen und Zweck des Einkommens[2]).

Diese „Einkommensverwendungen" fallen dem zur Last, dem die Früchte zukommen[3]).

Neratius spricht im D 25. 1. 16. von „impensae quaerendorum fructuum causa .... eas vir e suo facit nec ullam habet eo nomine ex dote deductionen".

Aehnlich Ulpian D 22. 1. 46. quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus deminuere debere. Als Frucht wird angesehen, was nach Abzug der darauf verwendeten Kosten übrig bleibt: C 7. 51. 1. Hoc enim fructuum nomine continetur, quod justis sumptibus deductis superest".

c) Kapitalverwendungen.

Das römische Recht kennt eine Dreiteilung der impensen, die auch das gemeine Recht, nicht mehr aber das BGB übernommen hat. Es gab impensae necessariae, utiles, und voluptariae. impensarum quaedam sunt necessariae, quaedam utiles, quaedam vero voluptuariae D. 25. 1. 1.

Die verschiedenen Impensenarten werden in den Quellen wie folgt definiert:

Impensae necessariae hae dicuntur, quae habent in se necessitatem impendendi D. 25. 1. 1. 1. oder impensae necessariae sunt, quae si factae non sint res aut peritura aut deterior futura sit. D. 50. 16. 79. Gerade aus dem deterior futura sit läßt sich schließen, daß die necessariae zur Erhaltung und ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Sache notwendig sind.

Ueber die utiles sagen die römischen Autoren: utiles impensae sunt quas maritus utiliter fecit remque meliorem uxoris fecerit; D. 25. 1. 5. 3.

utiles impensas (esse Fulcinius at) quae meliorem dotem faciant, non tantum deteriorem esse non sinant; D. 50. 16. 79 1. Sie sind nach alledem geeignet den Sachwert zu steigern.

---

2) Petrażycki S. 158.
3) Dernburg Pand. I S. 535.

Die dritte Klasse bilden die voluptariae: voluptariae autem impensae sunt, quas maritus ad voluptatem fecit et quae species exornant. D. 25. 1. 7.

Am klarsten spricht es Paulus D. 50. 16. 79. 2. aus: voluptariae sunt, quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent; Die Quellen bringen als Beispiele aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae.

Wenn man die voluptariae als zierende bezeichnen will, wie das gemeine Recht, so dürfte damit m. E. deren Inhalt nicht völlig getroffen sein; denn nirgends wird bestätigt, daß nicht auch die utiles oder necessariae zierend sein könnten. Negativ kann man vielmehr sagen, daß die voluptariae in der Regel die Nutzbarkeit nicht steigern, zumindest nicht unmittelbar. Zu weit geht daher Dernburg, wenn er sie als die wirtschaftlich nutzlosen bezeichnet[4]).

2. Das Recht des Besitzers auf Ersatz von Kapitalverwendungen.

a) Die Verrechnung mit den gezogenen Früchten.

Hat der Besitzer ante litem contestatam Früchte gezogen, so werden ihm diese auf seine Impensenforderung in Anrechnung gebracht. Die Post litem contestatam gezogenen Früchte erfahren keine besondere Behandlung[5]).

Sumptus in praedium — servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant; etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur. D. 6. 1. 48.[5]).

Die consumpti braucht der bonae fidei possessor im Gegensatz zum malae fidei possessor nicht zu ersetzen.

b) Regelung des Ersatzanspruches.

Hier kommt es sowohl darauf an, um welche von den drei Arten der impensae es sich handelt, als auch, ob der Besitzer zur Zeit der Vornahme in mala oder bona fide war.

aa) impensae necessariae.

Jeder possessor, gleichgültig ob in mala oder bona fide kann für von ihm geleistete impensae necessariae Ersatz verlangen und zwar aus dem Gesichtspunkt, daß der Eigentümer hierdurch vor Schaden bewahrt und indirekt bereichert wird.

---

4) Dernburg Pand. II S. 350.
5) vergl. auch D. 6. 1. 45.

D. 46. 3. 47. 1. nam hoc ipso, quo non est pauperior factus, locupletior est.

Vom bösgläubigen possessor heißt es in C. 3. 32. 5. 1. malae fidei possessores eius quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habeant repetitionen, nisi necessarios sumptus fecerint!

Trifft den possessor an dem Schaden, den er ausgebessert hat, jedoch eine culpa, so steht ihm ein Ersatzanspruch nicht zu: ebenso auch nicht dem fur. D. 13. 1. 13. ex argento subrepto pocula facta condici posse Fulcinius ait. ergo in condictione poculorum etiam caelaturae aestimatio fiet, quae impensa furis facta est: quamadmodum si infans subreptus adoleverit, aestimatio fit adulescentis, quamvis cura et sumptibus furis creverit.

Gleichgültig ist, ob der Wert der Verwendung zur Zeit der vindicatio noch besteht. Ist die Sache jedoch nach Vornahme der Verwendung, aber vor der Herausgabe untergegangen, so ist die Verwendung nicht mehr zu ersetzen.

Da bei den impensae necessariae nicht, wie bei den utiles und voluptariae bestimmt ist, wieviel zu ersetzen ist, darf angenommen werden, daß der ganze Wert zu erstatten ist[6]). Die Richtigkeit dieser Vermutung kann durch einen Vergleich mit der in rem versio nachgewiesen werden, wo ebenfalls die Impensenfrage geregelt ist: quod servus domino emit, si quidem voluntate eius emit, potest quod jussu agi: sin vero non ex voluntate si quidem dominus ratum habuerit vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emit, de in rem verso actio erit. D. 15. 3. 5. 2.

bb) impensae utiles.

Während die impensae necessariae für die Erhaltung der Sache notwendig sind, sind die utiles solche Verwendungen, die den Wert der Sache dauernd erhöhen.

Festzustellen ist, daß hier nicht wie bei den impensae necessariae bonae und malae fidei possessor gleichgestellt sind. Letzterem wird jeder Ersatz von nützlichen Verwendungen abgesprochen. So Gordian: C. 3. 32. 5. eius autem, quod impendit, rationem haberi non posse, merito rescriptum est. cum malae fidei possessores eius, quod in rem alienam inpendunt, non eorum negotium gerentes quorum res est, nullam habeant repetitionen nisi necessarios sumptus fecerint; so auch Gaius D. 41. 1. 7. 12. „nam si scit alienum solum esse, culpa ei obici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intellegeret alienum."

Post litem contestatam steht der bonae fidei possessor dem malae fidei possessor gleich.

6) Petražycki S. 304.

Ulpian 6. 1. 37. si in aliena area aedificassem, cuius bonae fidei emptor fui, verum eo tempore aedificavi, quo jam sciebam alienam, videamus, an nihil mihi exceptio prosit. puto autem huic exceptionem non prodesse: nec enim debuit jam alienam certus aedificium ponere.

Celsus sagt von den impensae utiles in D. 6. 1. 38. in fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evencitur; bonus judex varie ex personis causisque constituet. finge et dominum eadem facturum fuisse, reddat impensum, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat; sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam initio non foret aedificatum. ... finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit; nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es.

Aus dieser Stelle bei Celsus kann man entnehmen, daß es sich um eine dauernde Wertsteigerung handeln muß; andererseits aber daß die impensae utiles auch nicht übermäßig sein dürfen, da sie sonst für den Eigentümer eine Last würden. Nicht jede nützliche Verwendung wird erstattet, sondern „varie ex personis causisque". Für einen armen Eigentümer, der um seiner Ersatzpflicht zu genügen, seine heiligsten Gegenstände „laribus sepulchris avitis" hingeben müßte, besteht keine Ersatzpflicht.

Wenn der Eigentümer jedoch die Absicht hat, die Sache hinterher zu verkaufen und infolge der Verwendung einen höheren Preis zu erzielen, wird dem Besitzer ein Anspruch zugesprochen, so Pomponius D. 6. 1. 29.

nisi si venalem eum habeas et plus ex pretio eius consecuturus sis propter artificium. Ulpian D. 25. 1. 8. Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factae sint: iniquum enim esse, compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest: quod summam habet aequitatis rationem.

Bei den impensae necessariae erstreckt sich der Ersatzanspruch auf den ganzen Betrag der Verwendungen; hier nur auf die objektive Werterhöhung der Sache. In der oben zitierten Celsusstelle D. 6. 1. 38. heißt es: usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est.

Will der Eigentümer die Sache lieber im ursprünglichen Zustande haben und die Verwendung nicht ersetzen, so bietet er die Sache dem Besitzer zur Wegnahme der Verwendung an. Paulus D. 6. 1. 27. 5. idem est etiamsi in area, quae fuit petitoris, per errorem insulam aedificavit, nisi tamen paratus sit petitor pati, tollere eum aedificium.

cc) impensae voluptariae.

Bei den impensae necessariae hatte jeder Besitzer den Ersatzanspruch; bei den utiles wurde Rücksicht genommen „personis causisque", bei den impensae voluptariae jedoch ist jede Ersatzpflicht ausgeschlossen. Nur in den Fällen, wo der Eigentümer die Absicht hat die Sache zu verkaufen und wegen der Verwendung einen höheren Preis erlöst, sind auch die impensae voluptariae zu ersetzen; da sie nicht mehr als voluptariae angesehen werden, sondern als utiles.

Dieser Grundsatz findet sich bei Paulus D. 25. 1. 10. quod si hae res, in quibus impensae factae sunt, promercales fuerint, tales impensae non voluptariae sed utiles sunt.

Dem malae fidei possessor wird hier jeder Ersatzanspruch versagt.

3. Wechsel in den Personen.

Für den Wechsel in der Person des Besitzers soll folgende Stelle genannt sein:

Paulus D. 10. 3. 14. 1. is qui a me emerit, an retinere possit, videndum est: nam si vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quae ego fecissem, ita ut ego poterat retentionem facere: et verius est, ut et in hac specie expensae retineantur. Darnach geht der Ersatzanspruch auf den entgeltlichen Erwerber über, und wie anzunehmen ist, ohne daß es einer Zession bedarf. Wenn auch das Recht des unentgeltlichen Erwerbers im C.J. nicht geregelt ist, so darf man wohl auch diesem das gleiche Recht wie dem entgeltlichen Erwerber zustehen, ohne daß m. E. Bedenken dagegen bestehen.

Ueber einen Wechsel des Eigentümers hören wir im C.J. nichts, wohl schon deshalb weil die Veräußerung der res litigiosa nichtig war. Da der Besitzer auch einem solchen gegenüber die Sache zurückbehalten konnte bis zur Erstattung seiner Auslagen, steht dem Besitzer auch dem neuen Eigentümer gegenüber das gleiche Recht zu, wie dessen Vorgänger.

4. Mittel zur Durchführung des Ersatzanspruches.

a) Das Retentionsrecht.

Nachdem wir den Verwendungsanspruch im römischen Recht des Näheren untersucht haben, wenden wir uns der nicht minder wichtigen Frage zu, nämlich der, auf welche Weise der Besitzer seinen Anspruch durchsetzen konnte. Während im BGB, wie überhaupt in den meisten modernen Rechten, dem Besitzer auch aggressive Rechtsmittel gewährt werden, kennt das C.J. nur ein defensives, nämlich das jus retinendi. Der Besitzer behält darnach die Sache solange zurück, bis er befriedigt wird; der possessor hat die Befug-

nis, die Herausgabe der Sache, zu der er an sich verpflichtet ist, solange dem dominus vorzuenthalten, bis dieser die von ihm verlangte Leistung erfüllt hat; zu einer Vorleistung ist der dominus jedoch nicht verpflichtet.

Das jus retinendi wird geltend gemacht durch die exceptio doli. Ihre Formel lautete: si in ea re nihil dolo A'A' factum sit neque fiat. Gajus 4. 119. Darnach ist zu prüfen, ob der dominus sich durch Erhebung der Klage keines dolus schuldig macht. Welche Folge hat denn nun die exceptio doli für den Ausgang des Vindicationsprozesses? Wurde daraufhin der Kläger abgewiesen oder kam der exceptio eine kondemnationsmindernde Wirkung zu?

Eine Reihe von Stellen sprechen sich dahin aus, daß die Wirkung der exceptio doli völlige Klagsabweisung ist.

So Gajus D. 9. 4. 27. 1. certe tamen, si ex ea causa traditum postea dominus vindicet nec litis aestimationen offerat, poterit per exceptionem doli mali repelli.

Ulpian D. 9. 4. 11. sed noxae dedendo non facit quidem actoris: cum autem coeperit istum servum dominus vindicare, doli exceptione summovebitur vel officio judicis consequetur, ut indemnis maneat.

Ulpian D. 24. 4. 4. 9. si minor mihi infantem donaverit, deinde eum vindicet, exceptione doli mali repellendus est, nisi alimenta reddat et si quis alius sumptus probabilis in eum factus sit.

Weigert sich also der Kläger, die Gegenansprüche anzuerkennen, so ist darnach die in der Formel gegebene exceptio doli begründet und er wird mit seiner Klage abgewiesen. Die exceptio schützt den Beklagten und zwingt den Kläger dadurch, daß diese ihm mit Klagsabweisung droht, auf die Rechte des Beklagten Rücksicht zu nehmen und seine Forderung entsprechend einzuschränken.

Dies ganz deutlich in Papinian D. 6. 1. 48.

sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque a domino peti possunt, verum exceptione doli postea per officium judicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructum ante litem contestatem perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.

Allen diesen Stellen wird D. 6. 1. 38 gegenüber gestellt, wonach dem dolus minuierende Wirkung zukommen. Celsus: nisi reddat, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es.

In der ganzen lex ist jedoch von einer exceptio keine Rede; es ist auch außer Zweifel, daß man sie am Schlusse nicht ohne weiteres ergänzen darf. Pernice[7]) erinnert daran, daß die römischen Juristen

7) Pernice S. 293 ff.

„deducere" durchaus nicht als einen „Vorabzug" behandeln, sondern als reine Rechnungsmanipulation. Für die minuierende Wirkung der exceptio doli läßt sich jedenfalls ein Beweis aus dieser Stelle nicht entnehmen. Pernice hält aber die Stelle zumindest hinsichtlich des Schlusses für einen Zusatz der Compilatoren.

Daß übrigens zu Justinians Zeiten Teilabweisungen auf den Einwand des Beklagten hin wohl möglich waren, hält der gleiche Schriftsteller für unbestreitbar[8]). Als richtig kann angenommen werden, daß das klassisch-römische Recht eine minuierende Wirkung der exceptio allem Anschein nach nicht kannte[9]).

b) Stellung des römischen Rechtes zur Frage der Klagbarkeit des Ersatzanspruches.

Als ganz auffallend muß es bezeichnet werden, daß das jus retinendi das einzige Mittel zur Geltendmachung der Verwendungsansprüche war. Hatte der Besitzer die Sache vor Befriedigung seiner Ansprüche herausgegeben oder hatte er die Sache verloren, so wurde ihm keineswegs eine Klage zur Verfolgung seiner Rechte gewährt, wenigstens nicht wegen seiner Verwendungen. Stand ihm diese aus einem anderen Rechtsgrund auf Wiedererlangung der Sache zu, so konnte er selbstverständlich nach rechtmäßiger Wiedererlangung der Sache das jus retinendi geltend machen. Manche haben zwar versucht für das römische Recht eine Klage gegen den Eigentümer zu konstruieren, einige geben dem Besitzer eine conditio incerti, andere eine neg. gest. actio, wieder andere eine actio in factum. Glück Pand VIII, Buch 6, S. 309.

Das klassische Recht spricht dem Beklagten eine Gegenklage ausdrücklich ab. So auch in der bereits im andern Zusammenhang zitierten Stelle:

Papinian D. 6. 48. sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt.

Paulus D. 44. 4. 14. respondit eum, qui in alieno solo aedificium extruxerit, non alias sumptus consequi posse quam si possideat et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.

Julianus D. 12. 6. 33. si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, condictio-

8) Pernice S. 362.
9) Pernice S. 309.

nem non habebit, quis nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse.

Das „quia nullum negotium inter nos contraheretur" spricht klar aus, warum das römische Recht keine Klage gibt. Wer ein indebitum bezahle geriere immer ein negotium, der Eigentümer aber, der das von einem anderen errichtete Gebäude in Besitz nehme, nicht.

Eine andere Stelle sei in diesem Zusammenhang noch erwähnt: Papinian D. 5. 3. 50. 1. si defuncto monumentum condicionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici, quia voluntas defuncti vel in hoc servanda est, utique si probabilem modum faciendi monumenti sumptus, vel quantum testator jusserit, non excedat, eum, cui aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum aut actione negotiorum gestorum. repetiturum, veluti hereditario negotio gesto: quamvis enim stricto jure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.

Darnach wird demjenigen, der sich für den Erben gehalten hatte, Ersatz für die Errichtung eines Denkmals zugebilligt, und zwar steht ihm noch nach der Herausgabe der Erbschaft eine actio neg. gest. contr. zu. Der Erbschaftsbesitzer hatte dabei den Willen des Testators zu erfüllen beabsichtigt und insofern den Willen die Erbschaft zu belasten.

c) das jus tollendi.

Wir haben gesehen in welchem Umfang der Besitzer jeweils Ersatz verlangen kann. Wo ihm dieser nicht zusteht, muß er sich mit dem jus tollendi begnügen. Dem bonae fidei possessor bleibt bei den impensae utiles, sofern sie für den Eigentümer nicht mehr von Vorteil sind (sodaß dieser Ersatz zu leisten verpflichtet ist) nur die Möglichkeit der Wegnahme der Verwendung; während der malae fidei possessor auf das jus tollendi allein angewiesen ist. Bei den impensae voluptariae haben gut- und bösgläubiger Besitzer nur das jus tollendi. Dieses Wegnahmerecht wird jedoch nicht schlechthin gewährt, sondern unterliegt wiederum gewissen Voraussetzungen. Maßgebend ist einmal die mala oder bona fides des Besitzers, ferner ob die Wegnahme möglich, sowie ob die Wegnahme der Verwendungen lediglich eine Schikane des Besitzers darstellt. Zur Erläuterung sollen einige Quellenstellen dienen:

So Gordian: C. 3. 32. 5. sin autem utiles, licentia eius permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre.

Aehnlich Gaius: D. 5. 3. 39. 1. ut tamen potestas ei fieret tollendorum eorum, quae sine detrimento ipsius rei tolli possint.

Ferner Modestinus: D. 27. 7. 32. 5. qui tamen ab eodem aedificio ita auferri possunt, ut in facie pristina, id est quae fuit ante venditionen, aedificium esse possit, emptori auferre permitti oportere. Durch die Ausübung des jus tollendi darf also die Sache nicht beschädigt oder gar zerstört werden. Es muß die „facies pristina" wieder hergestellt werden.

Ulpian spricht in D. 14. 2. 4. 19. zwar von der Miete, doch darf die dortige Vorschrift sicher auch auf die rei vindicatio analog angewandt werden. Dort heißt es: si inquilinus ostium vel quaedam alia aedificio adiecerit, quae actio locum habeat? et est verius quod Labeo scripsit competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat, sic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo dum aufert deteriorem causam aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat.

Dem Eigentümer darf jedenfalls durch die Wegnahme kein dauernder Schaden entstehen. Daß die Wegnahme auf Kosten des Wegnehmenden zu erfolgen hat, braucht als selbstverständlich nicht eigens erwähnt zu werden. Dem Eigentümer steht ein jus offerendi zu.

Ulpian 25. 1. 9. pro voluptariis impensis, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur. nam si vult habere mulier, reddere ea quae impensa sunt debet marito: aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem: ceterum si non recipiant, relinquendae sunt: ita enim permittendum est marito auferre ornatum quem posuit, si futurum est eius quod abstulit.

Das jus tollendi kommt darnach nicht in Frage, wenn der Eigentümer bereit ist, dem Besitzer den Wert der Verwendung, die diese nach der Wegnahme für ihn haben würde, zu ersetzen. Wenn ein solcher Wert nicht besteht, kann der Eigentümer vindizieren ohne dem Besitzer für die noch an der Sache haftende Verwendung etwas ersetzen zu müssen.

Das Wegnahmerecht kann auch nicht ausgeübt werden, wenn die Wegnahme der Verwendung nur aus Schikane gefordert wird, ohne daß der Besitzer ein rechtliches oder tatsächliches Interesse daran haben kann.

Celsus D. 6. 1. 38. neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias.

Der Besitzer muß hier die Verwendung bei der Sache belassen, da er durch Abkratzen des Wandgemäldes keinerlei Vorteil haben kann. Der Besitzer hat demnach bei den impensae voluptariae nur ein einziges Mittel gegen den Eigentümer, nämlich das jus tollendi.

Ulpian sagt in D. 25. 1. 9. si modo recipiant separationem; ceterum si non recipiant, relinquendae sunt; sie müssen bei der Sache belassen werden, ohne daß dem Besitzer eine Vergütung zusteht. Ausgenommen sind auch hier wieder die Fälle, in denen der Eigen-

tümer die Sache verkaufen will und einen höheren Preis erzielen kann.

Hinsichtlich des jus tollendi werden bonae fidei und malae fidei possessor verschieden behandelt. Bei den impensae utiles finden wir zwei Ansichten im C.J., eine strengere und eine mildere. Die strengere wird vertreten von Gajus D. 41. 1. 7. 12. ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est, et si scit alienum solum esse, sua volumtate amisisse proprietatem materiae intellegitur: itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio eius materiae competit. certe si dominus soli petat aedificium nec solvet pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si nescit qui aedificavit alienum esse solum et tamquam in suo bona fide aedificavit: nam si scit, culpa ei obici potest, quod temere aedificavit in eo solo quod intelligeret alienum.

Der bösgläubige Besitzer hat es sich darnach selbst zuzuschreiben, wenn er, obwohl er wußte, daß er nicht Grundstückseigentümer war, auf diesem Grundstück ein Gebäude errichtet. Gajus fingiert aus der freiwilligen unentgeltlichen Veräußerung eine Schenkung. Im Gegensatz hiezu verlangt die mildere Auffassung eine tatsächliche Schenkungsabsicht so in C. 3. 32. 2. si vero fuerit dissolutum (aedificium), materia eius ad pristinum dominum redit, sive bona fide sive mala fide aedificium extructum sit.

Ueber die impensae utiles des malae fidei possessor heißt es im C. 3. 32. 5. sin autem utiles, licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre. Auch der bösgläubige Besitzer hat also das jus tollendi wegen impensae utiles.

C. 3. 32. 5. nullam habent repetitionem, nisi necessarios sumtus fecerint, sin autem utiles. . . enthält zwar nicht die impensae voluptuariae, doch besagt die Stelle nur nullam habent repetionem. Die herrschende Lehre nimmt darnach an, daß dem malae fidei possessor auch hinsichtlich der voluptuariae das jus tollendi zukommt, natürlich nur mit den bereits genannten Einschränkungen.

5. Ueberblick.

Ueberblicken wir die Rechte des Besitzers zur Geltendmachung seines Verwendungsanspruches im römischen Recht, so erkennen wir, daß ihm nur das jus tollendi zusteht. Eine Klage versagt das römische Recht.

Die Voraussetzung des Retentionsrechtes ist der Besitz; nach dessen Beendigung verliert der Besitzer jede Möglichkeit, für das Aufgewendete Ersatz zu verlangen. Allgemein steht ihm das jus retinendi nur zu hinsichtlich der impensae necessariae; während es bei den andern Arten mit gewissen Ausnahmen verweigert wird. Dann

hat er nur das jus tollendi, dessen Ausübung wiederum an verschiedene Voraussetzungen gebunden ist.

Der Rechtsschutz des Besitzers gegenüber dem Eigentümer ist unverkennbar wenig ausgebildet; der Eigentümer kann jederzeit unter Erbieten zur Ersatzleistung die Sache herausverlangen, was für den Besitzer häufig zu Härten führen kann. Die Rechtsentwicklung half diesem Umstande ab. Das gemeine Recht brachte eine negotiorum gest. actio utilis und eine actio in factum[10]).

Das bürgerliche Recht brachte neben der Klage ein weiteres Mittel für den Besitzer, nämlich das Selbstbefriedigungsrecht.

Von den Rechten des Besitzers im BGB soll daher der zweite Teil der Abhandlung näheres bringen.

---

10) Jagemann: (Weiskes Rechtslexikon) S. 197.

II. Teil.

Die Vorschriften im BGB.

§ 1. Einleitung.

In allen Büchern des BGB treffen wir auf Verwendungsansprüche, davon sollen nur einige genannt werden: Im allgemeinen Teil werden solche gewährt im § 196 Z. 11 und 12 für Unterricht und Verpflegung. Im Recht der Schuldverhältnisse treten sie uns entgegen in § 450 bei Ansprüchen des Käufers, in § 543 des Mieters, in § 601 des Entleihers. Das Sachenrecht bringt solche des Besitzers in den §§ 994 ff., 1049 beim Nießbrauch, § 1216 des Pfandgläubigers. Im Familienrecht erhalten verschiedene Personen Ersatz für Auslagen, wie etwa in § 1298 ein Verlobter für die Aufwendungen, die er in Erwartung der Ehe gemacht hat, für den Fall, daß der andere Teil das Verlöbnis gebrochen hat. § 1466 gewährt Ersatz für in das Gesamtgut eingesetzte Vorbehaltsgut des Mannes; nach § 1715 hat der uneheliche Vater der Kindsmutter die Kosten der Entbindung und weitere erwachsene Unkosten zu erstatten. Endlich im Erbrecht: Gemäß § 2050 Abs. 2 sind Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Berufe zum Ausgleich zu bringen bei einer Mehrheit von Erben, wenn nämlich die Aufwendungen über die Verhältnisse des Erblassers unverhältnismäßig hoch waren.

Eine besondere Stellung nehmen jedoch ein die Verwendungsansprüche der §§ 994 ff. Hier ist dem Besitzer, und zwar wie später zu zeigen sein wird, dem unrechtmäßigen, eine Handhabe gegeben gegenüber der Klage auf Herausgabe des Eigentümers in gewissem Umfange Ersatz von Verwendungen zu verlangen, die er auf die Sache gemacht hat. Ohne diese besondere Bestimmung stünde er dem vindizierenden Eigentümer gegenüber schutzlos da, ohne eine Möglichkeit zu haben, für seine Verwendungen auf die Sache Ersatz zu verlangen.

1. Begriff und Arten der Verwendungen.

a) Im BGB: Das BGB wechselt wie das römische Recht die Ausdrücke; es spricht von Verwendungen, Aufwendungen, Auslagen, Unterhaltungskosten. Die Verfasser des BGB haben sich wie die Verfasser des C.J. nicht bemüht eine Legaldefinition zu schaffen. Die Motive[1]) halten die Aufnahme derartiger allgemeiner Sätze in das Bürgerliche Recht nicht für ratsam; was auch völlig zu billigen wäre,

1) Mot. III. S. 31.

wenn der Begriff der Verwendung auch heute noch der Praxis und Theorie geläufig wäre, wie die Motive annehmen. Doch ist es verfehlt, wenn die Motive an anderen Orten entgegen ihrer gerade erwähnten Stellungnahme es unternehmen, dennoch Definitionen zu geben[2]). Die Motive erklären nämlich in § 936 Aufwendungen für „Geschäfte, deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgend einer Weise zugute kommt"[3]). Die bisherige Literatur stellt sich hierbei auf den Standpunkt, daß daran beinahe alles zu beanstanden sei; vor allem verstehe das BGB unter Geschäften rechtsgeschäftliche Bindungen; Gisevius erklärt, es handle sich gerade in §§ 994 ff. am allerwenigsten um Rechtsgeschäfte.

Sicher sind viele Verwendungen bloße Leistungen und Arbeiten, doch werden sie vielleicht ebenso oft in der Form von Rechtsgeschäften in Erscheinung treten.

Die Motive wollen übrigens keine Definition geben, was sie auch ausdrücklich erklären. Es ist allerdings nicht zu leugnen, daß sie wenigstens versuchen, den Umfang der Verwendungen zu umreißen. Richtig ist, daß die Bestimmung der Motive hinsichtlich des dinglich Berechtigten zu eng gefaßt ist; denn es ist für den Begriff nicht wesentlich, daß die Verwendungen dem herausverlangenden Eigentümer, dem eigentlich dinglich Berechtigten, noch zu statten kommen, was leicht zu erweisen ist aus § 994 BGB. Darnach werden die auf die Sache bis zur Rechtshängigkeit gemachten notwendigen Verwendungen dem Besitzer ersetzt, ohne Rücksicht darauf, ob der Wert der Sache zur Zeit der Herausgabe noch erhöht ist. Als Beispiel hierfür bringen die Protokolle[4]) den Fall, wo das ausgebesserte Haus später abgebrannt ist und weisen darauf hin, daß trotzdem die Ersatzpflicht fortbesteht. Ein Irrtum ist Gisevius[5]) unterlaufen, wenn er sich auf den Standpunkt stellt, daß derjenige, der die Ersatzansprüche stellt, dinglich berechtigt sei, während er sich doch bei der Untersuchung über den Besitzer davon überzeugt, Besitzer nach §§ 994 ff. sei allein nur der unrechtmäßige; diesem aber fehlt gerade jedes dingliche Recht.

In der neuen Literatur.

Aus den Ausdrücken selbst also läßt sich eine Definition nicht erbringen, ebensowenig haben die Motive oder das BGB Klarheit geschaffen. Ein Weg, nämlich ein Nachforschen in der Literatur steht noch offen, der vielleicht zu einer brauchbaren Definition hinführt.

---

2) Gisevius, S. 4.
3) Mot. III S. 417.
4) Prot. III. S. 351.
5) Gisevius: S. 5.

Gegen Morgenroth[6]) „Verwendungen sind für eine Sache aufgeopferte vermögenswerte Leistungen" ist vorzubringen, daß Aufopferung m. E. ein Aufgeben von Vermögenswerten ohne materielle Zielsetzung als Beweggrund bedeutet; das aber kann nicht der Fall sein, vielmehr handelt es sich um Hingabe eines Lebenswertes aus wohlbedachter Berechnung zur Erreichung eines bestimmten Erfolges. Baring[7]) bezeichnet Verwendungen als Aufwendungen, die nach der Auffassung des Aufwendenden zum Zwecke der physischen Erhaltung einer Sache oder einer Gesamtheit von Sachen oder zur Verbesserung ihrer tatsächlichen Beschaffenheit gemacht werden. Da diese Begriffsbestimmung Luxusausgaben nicht klar in sich schließt, ist sie nicht von größerer Bedeutung. Fälschlicherweise behauptet Gisevius[8]), daß Endemann[9]) eine Definition folgendermaßen anführe:

Verwendungen seien Aufwand von Geld, Arbeit oder Geldeswert zur Erhaltung oder Aenderung einer Sache, sowie zur Bestreitung der die Sache betreffenden Lasten. In Wirklichkeit aber spricht Endemann lediglich von notwendigen Verwendungen in dem erwähnten Zusammenhang. Von den angeführten Definitionen darf man wohl behaupten, daß sich die Aenderung auf die nützlichen bezieht, während m. E. das subjektive Moment der „supervacuae" damit unmöglich umfaßt wird. Im übrigen wird m. E. wegen der anders gearteten Inhalts eines anderen Wortes, etwa durch Aufopferung und dergl. keineswegs die Erfolgsabsicht des Aufwendenden wiedergespiegelt, im Gegenteil ihm eine nimmermehr vorhandene Einstellung untergeschoben.

b) Die Petražyckische Theorie im BGB.

Das C.J. macht, wie wir gesehen haben, einen Unterschied zwischen Einkommen- und Kapitalverwendungen. Diese strenge Teilung kennt das BGB nicht. Zu den Ersteren gehören die Kosten, die auf die Früchte verwendet werden, § 998. Auf der anderen Seite stehen die Verwendungen der §§ 994—996 BGB. Im § 994 rechnet das BGB die gewöhnlichen Erhaltungskosten zu den notwendigen, also Kapitalverwendungen des römischen Rechts. Das BGB scheidet demnach nicht genau zwischen laufenden und einmaligen Ausgaben. Dennoch sagt Dernburg[10]), daß das BGB im großen ganzen der von Petražycki für das römische Recht entwickelten Theorie in den §§ 994—996 BGB gefolgt ist.

6) Morgenroth: S. 11.
7) Baring: S. 464.
8) Gisevius: S. 24.
9) Endemann: Bd. II, S. 601.
10) Dernburg, BGB III S. 380 f.

c) Notwendige und andere als notwendige Verwendungen.

Im Anschluß an das römische Recht, dem das BGB hier folgt, gilt auch hier: Die notwendigen Verwendungen entsprechen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft. Darunter fallen: Futter für das Vieh, Reparatur eines baufälligen Hauses; daneben nennt die Praxis die notwendigen Aufwendungen des § 995 juristisch notwendige Aufwendungen, wie etwa Bezahlung von Hypothekenzinsen und andere Auslagen, die zur Bestreitung von Lasten der Sache notwendig sind.

Weiter noch faßt das Reichsgericht[11]) den Kreis der notwendigen Aufwendungen, wenn es auch solche Verwendungen als notwendig erklärt, die geeignete Mittel sind, den Betrieb lebensfähig zu gestalten oder auch nur gewinnbringender. Es geht noch weiter: Notwendig sei auch, was verausgabt wird, um einen Betrieb zeitgemäß zu gestalten. Doch erscheint diese weite Ausdehnung der notwendigen Verwendungen bedenklich; denn wie Fuchs[12]) mit Recht bemerkt, verschiebt damit das RG die bekannte römische Unterscheidung, der sich auch das BGB zumindest hinsichtlich der notwendigen Verwendungen angeschlossen hat; während das RG geradezu die nützlichen Verwendungen unter die notwendigen einzureihen unternimmt.

Neben den notwendigen kennt das BGB nur mehr andere als notwendige Verwendungen. Es hat damit eine weitere Scheidung, wie sie das römische Recht durchgeführt hat, unterlassen. Unhaltbar dürfte sein mit den anderen als notwendige Verwendungen nur die nützlichen gelten zu lassen, wie es Dernburg[13]) und Cosack[14]) aufgefaßt wissen wollen. Wohl kann vorgebracht werden: Umfassen die anderen als notwendigen Verwendungen auch die Luxusausgaben, so können doch dem Eigentümer nicht etwaige kostspielige Liebhabereien aufgebürdet werden; sollte aber der Besitzer für Anschaffungen und dergl. auf die Sache leer ausgehen, nur weil sie nicht das Erfordernis der Nützlichkeit aufweisen? Der Unterschied zwischen nützlichen Verwendungen und Luxusausgaben beruht darauf, daß die nützlichen den Nutzungswert der Sache steigern, die Luxusausgaben jedoch höchstens den Verkehrswert. Das BGB schafft aber keine Differenzierung, somit meint es in § 996 eine allgemeine Wertsteigerung.

---

11) RG, Bd. 117, 115.
12) L.Z. 29, 300.
13) Dernburg, II. 552.
14) Cosack, II, 167.

2. Das Recht des Besitzers auf Ersatz.

a) Der Begriff des Besitzers.

Die §§ 994 ff. regeln die Verwendungsansprüche des Besitzers. Im folgenden soll untersucht werden, wer als Besitzer in diesem Sinne zu betrachten ist.

Besteht zwischen Eigentümer und Besitzer ein Vertragsverhältnis, so entscheidet dieses, ob der Eigentümer Ersatz zu leisten hat und in welcher Höhe. Das Besitzverhältnis kann obligatorischer, etwa Miete, oder dinglicher Natur wie Nießbrauch, Pfandrecht sein. Räumt man dem Mieter einen Verwendungsanspruch im Sinne von §§ 994 ff. ein, so ergibt sich das Merkwürdige, daß er damit auch in den Genuß von § 1000 kommt, wonach ihm ein Zurückbehaltungsrecht an der Sache zukäme. Damit würde aus der Miete, einem obligatorischen Vertrag, ein dingliches Recht erwachsen, während in § 556 Abs. 2 ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß dem Mieter eines Grundstückes wegen seiner Verwendungen ein Zurückbehaltungsrecht nicht zusteht. Nach § 547 II ist jeder Mieter ermächtigt, eine Einrichtung mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen.

Morgenroth[15]) kommt das Verdienst zu, hier Klarheit geschaffen zu haben. Er weist darauf hin, daß auch hier wie sonst der Satz Geltung habe, wonach die lex specialis der lex generalis vorgehe. Im Verhältnis zum Mieter sind §§ 994 ff. lex generalis, lex specialis hingegen § 556 Abs. 2. Bei den im BGB geregelten Rechtsverhältnissen ist der Verwendungsanspruch besonders geordnet. Bei Rechtsverhältnissen ist auch der Besitzer zum Besitze berechtigt; daraus ergibt sich von selbst, daß in §§ 994 ff. lex specialis und lex generalis zusammenfallen für den unrechtmäßigen Besitzer, der eine fremde Sache wie seine eigene besitzt. Für die Geltung von §§ 994 ff. BGB gibt es jedoch noch weitere Fälle, so wenn jemand ein Grundstück gemietet hat, der Mietvertrag aber nichtig ist, der Mieter das weiß und weiter als für den Vermieter besitzend im Besitz bleibt. Macht er jetzt Verwendungen auf das Grundstück, so regelt sich sein Verwendungsanspruch nicht nach den Vorschriften über Miete, auch nicht nach der auftragslosen Geschäftsführung, sondern lediglich nach §§ 994 ff. Bisher war man der Ansicht, daß zur Begründung der Eigentumsansprüche nur Eigentum des Berechtigten und Besitz des Verpflichteten gehöre und genüge[16]).

Das Gesetz kennt in § 994 Abs. 2 einen Besitzer, der nach Eintritt der Rechtshängigkeit oder nach dem Beginne der in § 990 bestimmten Haftung Verwendungen macht. Der verwiesene § 990 besagt: War der Besitzer beim Erwerb des Besitzes nicht im guten Glauben ... erfährt der Besitzer später, daß er zum Besitze nicht

15) Morgenroth, S. 38.
16) Siber, S. 117 ff.

berechtigt war... In gutem Glauben ist der Besitzer gemäß § 932 Abs. 2 nicht, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

Weiterhin soll dargetan werden, ob der Anspruch nur dem unmittelbaren oder auch dem mittelbaren Besitzer zukommt. Daß auch der mittelbare Besitzer, weil er Besitzer im Sinne von § 868 ist, Beklagter im Herausgabestreit nach § 985 sein kann, wird heute kaum mehr bestritten. Die rei vindicatio geht hier auf Uebertragung des mittelbaren Besitzes, d. h. auf Abtretung des Herausgabeanspruches[17]). Das Gesetz trifft nach seinem Wortlaut keine Unterscheidung, sodaß unter den allgemeinen Begriff Besitzer auch der mittelbare Besitzer fallen muß, zumal kein Grund zu erkennen ist, den Anspruch auf Herausgabe gegen den mittelbaren Besitzer auszuschließen. Der Eigentümer wird ihn besonders dann verklagen, wenn er weiß, daß der Besitzer die Sache vermietet hat, aber nicht weiß an wen.

a) Bei den notwendigen Verwendungen:

Was hat nun der Eigentümer in den einzelnen Fällen zu erstatten? Der erste Entwurf machte in den einzelnen Verwendungen nicht die Unterschiede, wie sie im BGB wieder in Erscheinung treten und im römischen Recht bereits entwickelt waren.

Auf die erfolgte Kritik brachte dann der zweite Entwurf das jetzige Gesetz. Obwohl das römische und damit das gemeine Recht bereits die verschiedenen Arten der impensen sowohl wie den bonae und malae fidei possessor kannte, mußten die Gesetzgeber noch besonders auf das Fehlen dieser längst vorhandenen Unterscheidungen hingewiesen werden.

Rein wirtschaftlich gesehen war es selbstverständlich, für notwendige Verwendungen Ersatzanspruch zu gewähren; denn sie zumindest waren im Interesse des Eigentümers erfolgt. Dieser hätte auch, wenn die Sache in seinem eigenen Besitz gewesen wäre, das zu ihrer Erhaltung notwendige getan und einen drohenden Untergang oder Schaden von ihr abgewendet.

Ganz unbillig hingegen wäre es, würde man dem Eigentümer eine allgemeine Ersatzpflicht für nicht notwendige Verwendungen auferlegen; denn diese Verwendungen haben ihren Grund zumeist in der jeweiligen individuellen Willkür und Auffassung des Besitzers und nicht in der objektiven Veranlassung, nämlich der Notwendigkeit, wie die notwendigen. Daher konnten beide Arten unmöglich auf die gleiche Weise Ersatz finden. Zumal beim schlechtgläubigen Besitzer wäre es eine große Härte, dem Eigentümer für dessen willkürliche Verwendungen Verpflichtungen aufzuerlegen, was auch die Protokolle erkannten[18]). Für den unredlichen Besitzer erwachsen

17) Siber, S. 122; Planck III; Dernburg.
18) Prot III, S. 352.

dadurch keine Schwierigkeiten; denn er ist in der Lage, die Aufwendung zu unterlassen, besonders im Hinblick auf seine Kenntnis des fremden Eigentums.

Der Umfang des Anspruches bei den notwendigen Verwendungen richtet sich nach deren Notwendigkeit auf der einen Seite, nach der Redlichkeit andererseits. Dem redlichen Besitzer kommt nach § 994 Abs. 1 Ersatz zu für alle notwendigen Verwendungen. Das gilt im Hinblick auf Abs. 2 nur bis zur Rechtshängigkeit. Das Gesetz geht hiebei wohl aus von dem Gedanken, daß es im Interesse des nichtbesitzenden Eigentümers gelegen ist, den Bestand einer Sache zu erhalten; dieses Einsatzes von Werten hätte es auch unter dessen eigenem Besitze bedurft, um die Sache etwa leistungsfähig zu erhalten, einfaches Beispiel: Er hätte ebenfalls ein Haustier im Stall und Nahrung aufnehmen müssen, um von ihm Nutzen zu ziehen. Diese Ersatzpflicht entsteht ohne Rücksicht darauf, ob die Sache dadurch bei der Uebergabe noch im Werte gehoben ist.

Wie bereits erwähnt, bringt § 994 Abs. 2 eine Besonderheit für den unredlichen Besitzer, mit Recht ist hier die subjektive Einstellung des Eigentümers, an den der Anspruch gestellt wird, berücksichtigt. Mit dem unredlichen Besitz gleich gestellt wird der redliche Besitzer nach Eintritt der Rechtshängigkeit, d. h. nach Zustellung der Eigentumsklage. Der Eigentümer braucht nämlich in diesen Fällen Verwendungen nur nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag zu ersetzen.

Hiemit treten wir ein in ein stark bestrittenes Gebiet. § 994 Abs. 2 weist hin auf §§ 677 ff. Diese lassen einen Ersatzanspruch entstehen, wenn es (notwendige) Verwendungen sind, die dem Interesse des Eigentümers unter Berücksichtigung seines wirklichen oder mutmaßlichen Willens entsprechen. Ueber den Begriff des Interesses stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Die weitaus herrschende Meinung[19]) lehrt, daß das Interesse des Geschäftsherrn objektiv zu beurteilen sei. Darunter falle, was bei sachlicher Würdigung aller in Betracht kommenden Faktoren für den Geschäftsherrn als förderlich erachtet werde. Jedoch insofern sollte es nicht abstrakt sein, als Rücksicht genommen werden soll auf die konkreten Verhältnisse des Geschäftsherrn.

Im schärfsten Gegensatz hiezu steht die andere Theorie, der das Interesse im rein subjektiven Licht erscheint[20]). Lediglich was der Geschäftsherr für nützlich oder vorteilhaft halte, soll maßgebend sein. Seine subjektive Wertschätzung der Dinge komme in Frage: diese kann selbstverständlich von dem Interesse der Mitmenschen völlig abweichen.

---

19) Staudinger, § 683; Oertmann, § 677.
20) Endemann, § 178 Bd. I.

Geht man aus vom Sprachgebrauch des Interesses, so ergibt es sich als der Wert und die Bedeutung, die einer Sache beigelegt wird, oder die sie für uns hat. Der Gebrauch von Interesse ist also ein doppelter: Ein subjektiver und ein objektiver.

Das subjektive Interesse kann sich mit dem objektiven vollständig decken, kann von diesem aber auch stark divergieren.

Prüfen wir hierauf den Begriff des Interesses, wie ihn das BGB darbietet. Häufig findet sich hier der Ausdruck: Interesse, so berechtigtes Interesse in § 824 und § 179, Interesse in § 122, öffentliches Interesse in § 679, rechtliches Interesse eines Dritten in § 1342. Zweifelsohne liegt bei den angeführten Stellen, wie auch bei den anderen, objektives Interesse vor. Mit gleicher Notwendigkeit muß objektives Interesse angenommen werden, wo etwa das Familienrecht handelt vom Interesse des Mündels. Dem Mündel, in seiner Unerfahrenheit, soll etwa sein Vermögen nach den Erfahrungen eines richtigen Wirtschafters, eines diligens pater familias, verwaltet werden.

Wie schon angeführt, sollen auch bei der objektiven Betrachtungsweise die besonderen Verhältnisse und Wünsche zu Wort kommen; das sieht das Gesetz auch vor, wenn es bestimmt, daß neben dem Interesse der wirkliche oder mutmaßliche Wille berücksichtigt werde.

Auch hier stoßen wir auf Meinungsverschiedenheiten. § 683 gewährt dem Geschäftsführer dann Ersatz seiner Aufwendungen, wenn die Uebernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen entspricht. Obwohl man glauben dürfte, daß die Bedeutung der beiden Ausdrücke ohne weiteres erkannt werde, so haben sich doch zahlreiche Autoren an Auslegungen versucht, die sich stark widersprechen. Kennzeichnend ist für viele, daß sie den wirklichen Willen der subjektiven Prüfung des gestor unterstellen. So etwa Crome[21]); nach ihm sei davon auszugehen, daß der gestor den bei sorgfältiger Prüfung erkennbaren tatsächlichen Willen des dominus verfolge; als mutmaßlichen hingegen den nach sorgfältiger Beobachtung zu vermutenden. Staudinger[22]) legt Wert darauf, daß der wirkliche Wille feststellbar sei; darnach sei dieser maßgebend, ohne Rücksicht darauf, ob er dem Geschäftsführer bekannt war oder nicht. Kann dieser Wille nicht festgestellt werden, so sei entscheidend, ob der Geschäftsführer bei sorgfältiger Prüfung aller Umstände annehmen durfte, daß die Geschäftsführung vom dominus gebilligt würde. Andere endlich, wie Meikel[23]) wollen unter mutmaßlichem Willen verstanden wissen, was vernünftigerweise anzunehmen ist.

---

21) Crome, Recht der Schuldverhältnisse, § 255, S. 634.
22) Staudinger, 683.
23) Meikel, § 161, S. 559.

Die herrschende Meinung hat sich dahin entschieden, daß unter wirklichem Willen der tatsächlich vorhandene Wille des Geschäftsherrn verstanden werden muß und zwar ohne Einschränkung. Auch bezüglich des mutmaßlichen Willens stehen sich zwei Ansichten gegenüber; nach der einen wäre zuständig der gestor[24]) die andere legt dar, es sei Aufgabe des Richters[25]). Erstere Meinung will zum Ausdruck bringen, daß der gestor von seiner Person aus so vermutet; während bei der zweiten Auffassung objektiv gesichtet werden müsse, wie es Aufgabe des Richters im Prozeß sei.

Ein klarer Beweis für eine der zwei Meinungen ist aus dem Gesetze nicht zu erbringen, doch darf aus der Entstehungsgeschichte des § 683 auf die Richtigkeit der objektiven Theorie geschlossen werden. Im ersten Entwurf hatte nämlich die entsprechende Stelle folgende Fassung: Wenn und so weit der Geschäftsführer dergestalt gehandelt hat, daß anzunehmen ist, es würde sein Verhalten vom Geschäftsherrn gebilligt worden sein. Weiter auch die Stelle:

Es wird vermutet, daß der Geschäftsherr gebilligt haben würde, was ein ordentlicher Hausvater für angemessen hätte erachten müssen.

Gegenüber § 677 enthält § 679 eine Ausnahme; nach ersterem hat der Geschäftsführer auf den Willen des Geschäftsherrn Rücksicht zu nehmen. § 679 bringt eine Ausnahme, wenn die Geschäftsführung notwendig war zur Erfüllung einer dem Geschäftsherrn zustehenden Pflicht im öffentlichen Interesse, oder wenn dadurch eine gesetzliche Unterhaltspflicht des dominus nicht rechtzeitig erfüllt würde. Der Ausdruck „öffentliches Interesse" wurde Anlaß zu reger Debatte. Mit öffentlichem Interesse öffentlich-rechtliche Pflichten zu identifizieren, ist zweifelsfrei zu eng ausgelegt. Die herrschende Meinung, wie etwa Staudinger[26]), lehrt mit Recht, daß es kein entscheidendes Kriterium sei, ob die Verpflichtung öffentlich- oder privatrechtlicher Natur sei. Schon die Protokolle[27]) sprechen das deutlich aus, indem sie entscheidendes Gewicht legen nicht auf die Grundlage der Pflicht, sondern lediglich darauf, ob die Erfüllung durch das öffentliche Interesse geboten ist. Nur wenn die Erfüllung im öffentlichen Interesse liege, könne Ersatz beansprucht werden. Die Protokolle schon zählen hierher die Pflicht zur Zahlung von Steuern.

Weiter fällt darunter die gesetzliche Unterhaltspflicht, solche findet sich in größerer Zahl im BGB, so in § 1601 ff., in den §§ 1345 und 1360.

Notwendig ist jedoch, daß sowohl bei der Verpflichtung im öffentlichen Interesse wie aus einer gesetzlichen Unterhaltspflicht,

24) Crome, § 255.
25) Oertmann, § 677, S. 721.
26) Staudinger, § 679.
27) Prot. II, S. 737.

ohne die Uebernahme durch den Geschäftsführer die Verpflichtung nicht rechtzeitig erfüllt würde. Was bedeutet nun rechtzeitig? Die Protokolle wollen darauf sehen, ob das Geschäft ohne die Tätigkeit des Geschäftsführers überhaupt nicht oder nicht rechtzeitig verrichtet worden wäre. Staudinger[28]) setzt rechtzeitig als zusammenfallend mit Fälligkeit. M. E. braucht im Anschluß an die Protokolle der Verzug gar nicht eingetreten zu sein, wenn etwa der gestor die Erklärung oder Erfahrung hat, daß der dominus nicht leisten werde.

c) Bei den anderen als notwendigen Verwendungen:

Uebrig bleibt noch die Betrachtung, wie der Ersatz bei anderen als notwendigen Verwendungen geregelt ist. Wie schon bei den notwendigen, so ist auch hier zwischen redlichem und unredlichem Besitzer ein Unterschied gemacht. Wie oben schon festgelegt, umfassen die anderen als notwendigen Verwendungen die impensae utiles und die voluptuariae, für diese nun kann der redliche Besitzer Ersatz verlangen, soweit sie vor der Rechtshängigkeit gemacht wurden. Das römische Recht ging hier im Schutze des Besitzers noch weiter. Celsus D. 6. 1. 38 bonus judex varie ex personis causisque constituet. Zugleich fordert § 996, daß zur Zeit der Wiedererlangung der Sache durch den Eigentümer die Wertsteigerung noch besteht. Zu ersetzen ist also dem redlichen Besitzer der Wert der Verwendung zur Zeit ihrer Vornahme bis zu dem Wert, um welchen der Wert der Sache zur Zeit der Wiedererlangung den Wert übersteigt, den die Sache zu dieser Zeit haben würde ohne die gemachte Aufwendung. Hat etwa der gutgläubige Besitzer eines Grundstückes auf diesem ein Haus für 10 000 Mark gebaut und ist das bebaute Grundstück zur Zeit der Rückgabe an den Eigentümer 11 000 Mark wert, während der Wert des Grundstückes ohne das Haus zur gleichen Zeit 2000 Mark betragen würde, so sind dem Besitzer 9000 Mark zu ersetzen. Beträgt zur Zeit der Rückgabe der Wert des bebauten Grundstückes 13 000 Mark, der Wert des Grundstückes ohne das Haus 3000 Mark, so könnte der Besitzer doch 10 000 Mark verlangen[29]). Entscheidend ist dabei der allgemeine Verkehrswert. Für den unredlichen Besitzer ist kein Ersatz vorgesehen, und das aus einfachen, billigen Gründen: Ein kapitalkräftiger, böswiller Besitzer wäre leicht im Stande durch seine Ansprüche auf Verwendungen sich in den Besitz der Sache eines weniger begüterten Eigentümers zu setzen.

---

28) Staudinger, § 679, Anm. 1.
29) Planck, § 996, S. 504.

d) Rechtsnatur des Verwendungsanspruches.

Oben haben wir uns bemüht um den Begriff der Verwendung als solchen, eine Frage von großer praktischer Bedeutung, während die Darlegung der rechtlichen Natur des Verwendungsanspruches mehr vom theoretischen Interesse ausgeht. Sehen wir uns um in der Literatur, so ist auch hier keine Einigkeit. Manche sehen den Verwendungsanspruch an als Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag. Das scheint m. E. am schwersten zu verteidigen zu sein; denn wesentlich verschieden liegt der Wille des Geschäftsführers und des Verwenders. Der gutgläubige Verwender handelt mit dem animus propria negotia gerendi, für den bösgläubigen ist ohnehin in § 994 Abs. 2 vorgesehen, daß er Ersatz erhalten soll für seine Verwendungen wie ein negotiorum gestor. Völlig logisch wendet sich Gisevius[30]) gegen die Auffassung als Anspruch aus negotiorum gestio; die Verweisung auf die Geschäftsführung wäre schwerlich erfolgt, wenn nicht dem Gesetzgeber der Gedanke, den Verwendungsanspruch überhaupt nur als Modifikation der Geschäftsführung ohne Auftrag zu erklären, fern gelegen wäre.

Die zweite Auffassung: es handle sich um einen Bereicherungsanspruch, erscheint sehr naheliegend, zudem hingewiesen wird auf den ersten Entwurf, wonach der Eigentümer soweit ersatzpflichtig sei, als er durch die Verwendung bereichert ist. Doch schon die Motive[31]) nehmen eine ganz andere Stellung ein: man habe darnach bei der Regelung des Verwendungsanspruches nicht an die ungerechtfertigte Bereicherung, vielmehr an die Geschäftsführung ohne Auftrag gedacht. § 687 Abs. 1 bestimmt jedoch, daß für den redlichen Besitzer die Vorschriften der negotiorum gestio keine Anwendung finden sollen. Das BGB hat sich beim Verwendungsanspruch dem römischen Recht angeschlossen. Der Verwendungsanspruch darf daher auch im BGB als Ausfluß der Billigkeit angesehen werden.

3. Wechsel in der Person der Beteiligten.

Das BGB sieht im Anschluß an das römische und gemeine Recht in § 999 vor, daß der Besitzer für die Verwendungen seines Vorbesitzers, dessen Rechtsnachfolger er geworden ist, in dem gleichen Umfange Ersatz verlangen kann, in welchem ihn der Vorbesitzer fordern könnte, wenn er die Sache herauszugeben hätte. Rechtsnachfolge liegt vor bei Verfügung des Vorbesitzers oder bei Erbfolge. Hier soll § 999 Anwendung finden, wenn der jetzige Besitzer deshalb nicht Eigentümer wurde, weil es der Vorbesitzer nicht war[32]). Der gegenwärtige, mittelbare Besitzer ist nicht als Vorbe-

30) Gisev., S. 25.
31) Mot. III, S. 404.
32) Wolff: Das Recht zum Besitz S. 19, RGZ. 129. 199.

sitzer des gegenwärtigen unmittelbaren Besitzers anzusehen. Dem gegenwärtigen unmittelbaren Besitzer ist es hiemit nicht gestattet, Verwendungen des mittelbaren Besitzers zu beanspruchen. Letzterer kann aber das dem mittelbaren Besitzer wegen seiner Verwendungen zustehende Zurückbehaltungsrecht für diesen geltend machen, er ist dann zur Herausgabe Zug um Zug gegen Befriedigung des mittelbaren Besitzers zu verurteilen.

Der Ersatzanspruch geht in gleichem Maße über, in welchem er in der Person des Vorbesitzers begründet ist. Konnte der Vorbesitzer infolge seiner Gutgläubigkeit für nützliche Verwendungen Ersatz verlangen (§ 996), so kommt das auch dem neuen Besitzer zugute, mag er selbst auch bösgläubig sein.

Dem Besitzer sind alle Rechte wegen Verwendungen, die ein Vorbesitzer geltend machen könnte, eingeräumt, wenn er die Sache herauszugeben hätte. Auch das Abtrennungsrecht wird dem Besitzer zuzubilligen sein, da auch dieses Recht auf Ersatz von Verwendungen in dem vom Vorbesitzer erworbenen Rechte enthalten ist[33]).

Das römische Recht gab bei Wechsel des Besitzers dem neuen Besitzer gegenüber dem Eigentümer den Ersatzanspruch; einem neuen Eigentümer gegenüber stand, wenn auch nicht nach Vorschrift, so doch tatsächlich das Retentionsrecht zu.

Wechseln kann aber auch der Eigentümer, diesen Fall regelt § 999 Abs. 2; darnach erstreckt sich die Verpflichtung zum Ersatz auf jene Verwendungen, die gemacht worden sind, bevor das Eigentum auf ihn überging. Man war gezwungen, dies eigens zu regeln, damit nicht der Eigentümer durch Weiterveräußerung der Sache sich dem Verwendungsersatz entziehe. Der erste Entwurf[34]) ließ den Anspruch mit dem Eigentumsübergang erlöschen, da er sich in Gegensatz stelle zur Publizität des Grundbuchs. Aus den Protokollen sieht man, daß es den Verfassern des BGB kein Leichtes war, sich zur geltenden Regelung zu entscheiden. Sie erkennen selbst, daß die Lösung, wie sie zuletzt fixiert wurde, nicht ganz unbedenklich erscheine. Mit dem Hinweis, daß das Verhältnis bei Pacht und Miete ebenso gestaltet sei, galt der Kompromiß als gerechtfertigt. So wurde der Verwendungsanspruch gewissermaßen eine actio in rem scripta. Diese Vorschrift stellt sich dar als eine Ausnahme vom grundbuchrechtlichen Publizitätsprinzip; denn die Verpflichtung besteht ohne Eintragung und ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Erwerbers[35]). Die Verwendung wird als eine dingliche der Eintragung nicht bedürftige Last des Grundstücks behandelt[36]). Für den Fall der Zwangsvollstreckung allerdings wurde eine Ausnahme ge-

33) Kretschmar, Bemerk. 2.
34) E. I. S. 410.
35) Prot. III, S. 358.
36) Biermann, § 999 in 2. Aufl., in der 3. Aufl. auf Grund RGZ. 71, 427 aufgegeben.

troffen, denn § 93 Z.V.G. sieht vor, daß vor dem Zuschlag erfolgte Verwendungen nicht zu erstatten sind. Für spätere Verwendungen haftet der Ersteher aber nach allgemeinen Regeln. Der Anspruch auf Erstattung von Verwendungen gewährt in keinem Falle ein Recht am Grundstück. Aehnlich wie mit dem Ersteher verhält es sich mit dem Enteigner. Er erwirbt den Gegenstand grundsätzlich frei von Rechten Dritter. Der Besitzer muß seine Ansprüche als Nebenberechtigter geltend machen.

Beide Absätze des § 999 sind auch auf das Wegnahmerecht des Besitzers (§ 997) zu beziehen. So richtet sich auch dieses Recht gegen den jeweiligen Eigentümer, ohne jedoch in der Zwangsvollstrekkung ein Widerspruchsrecht zu geben oder gegen den Ersteher oder Enteigner zu wirken. Im Konkurs ist das Wegnahmerecht ausgeschlossen. Eine Aussonderung des wesentlichen Bestandteils ist nicht möglich, da Trennung und Aneignung durch § 15 K.O. verhindert werden.

4. Die Geltendmachung des Verwendungsanspruches.

Oben haben wir den Verwendungsbegriff und die Verwendungsarten geschildert, sodaß noch die Rechte mit denen der Besitzer seinen Verwendungsanspruch geltend machen kann darzulegen sind.

Das BGB gewährt dem Besitzer hiezu drei Möglichkeiten. Folgen wir der Reihenfolge des Gesetzes, so kann er die Sache zurückbehalten, bis er für die auf die Sache geleisteten Verwendungen Ersatz erhalten hat. § 1000 Abs. 1. Es ist das jus retinendi, das eigentliche Mittel der Geltendmachung bei den Römern. Dann gewährt ihm § 1001 BGB ein Klagerecht, wenn auch in beschränktem Umfange, und zuletzt räumt ihm das Gesetz in § 1003 BGB ein Selbstbefriedigungsrecht ein.

a) Das Zurückbehaltungsrecht.

Das Zurückbehaltungsrecht kannten schon die Römer. Der Prätor gab dem Besitzer hiezu die exceptio doli gegenüber der rei vindicatio. Hingegen gibt das römische Recht wie bereits mitgeteilt keine actio.

Kraft des Zurückbehaltungsrechtes nach § 1000 BGB hat der Besitzer eine Einrede gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt ist. Die Motive[37]) erklären, daß an sich schon ein Zurückbehaltungsrecht bei Anwendung der allgemeinen Normen des Obligationsrechts auf den dinglichen Anspruch gegeben sei, doch sei die Beseitigung eines jeden möglichen Zweifels zweckmäßig.

37) Mot. III, S. 416; Planck, Anm. zu 1000.

Dagegen wendet sich Morgenroth[38]), er weist daraufhin, daß § 273 von einem fälligen Anspruch spreche, während es sich in § 1000, belegt durch § 1001 nur um einen bedingten Anspruch handle. Diese Ansicht dürfte m. E. abzulehnen sein. Der Ersatzanspruch entsteht vielmehr sofort mit der Vornahme der Verwendung. Er ist keineswegs bedingt, sondern nur seine Geltendmachung ist beschränkt durch die dem § 1001 zu entnehmende Vorschrift: Der Besitzer kann den Anspruch nur geltend machen, wenn..... § 1003 vollends gestattet dem Besitzer die Befriedigung seines Anspruchs sofort zu verlangen. Hiemit steht fest, daß sowohl hier auf dem Gebiete des Zurückbehaltungsrechtes im Sachenrecht wie in den §§ 273 und 274 ein fälliger Anspruch zugrunde gelegt wird. Von einem sachenrechtlichen Zurückbehaltungsrecht neben einem schuldrechtlichen kann schon wegen der dadurch eintretenden Störung der Einheitlichkeit dieses Instituts im BGB keine Rede sein. Zugleich wird, obwohl ebenfalls überflüssig, da aus § 273 zu erkennen, in § 1000 ein Zurückbehaltungsrecht abgelehnt dort, wo der Besitzer die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat. Erforderlich ist dabei nicht, daß die Handlung auch eine strafbare ist. Womit das BGB schärfer verfährt als das römische Recht, das nur dem „fur" dieses Recht versagte[39]). Um über die Anwendbarkeit und Wirkung im Prozesse etwas zu erfahren, muß wieder zurückgegriffen werden auf die allgemeinen Bestimmungen der §§ 273 und 274. Dem Eigentümer ist es sonach möglich, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes durch Sicherheitsleistung abzuwenden; während die Sicherheitsleistung durch Bürgen ausgeschlossen ist. Ein Urteil könnte nur ergehen auf Leistung Zug um Zug, nämlich auf Herausgabe der Sache gegen Erstattung der Aufwendungen.

Das Zurückbehaltungsrecht besteht an der ganzen Sache, auch wenn die Verwendung nur einem Teile der Sache zukam[40]).

Von besonderer Bedeutung wird das Zurückbehaltungsrecht im Konkurs des Eigentümers. Hier erwirbt der Besitzer ein Absonderungsrecht wegen seiner Verwendungen auf eine Sache der Masse und zwar in Höhe der Wertsteigerung, vorausgesetzt, daß er das Recht vor dem Konkurs und bis zu diesem ausgeübt hat (§ 49 Z. 3 K.O.).

Bei der Zwangsversteigerung eines dem Eigentümer gehörenden Grundstücks muß der Besitzer seine Ansprüche rechtzeitig anmelden und bei Widerspruch des Eigentümers glaubhaft machen. (§§ 45, 92 Z.V.G.).

---

38) Morgenroth, S. 92 ff.
39) D. 13. 1. 13; C. 8. 51. 52. 1.
40) Gruchot, Beiträge Bd. 51. 553, 555.

b) Das Klagerecht.

Nach § 1001 kann der Besitzer den Anspruch auf Ersatz seiner Verwendungen nur geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache wieder erlangt oder die Verwendungen genehmigt. Im Gegensatz zum römischen Recht, wie schon oben erwähnt, gewährt das BGB dem Besitzer ein, wenn auch beschränktes Klagerecht. Im römischen Recht konnte der Besitzer nach Herausgabe den Eigentümer nicht zwingen seine Auslagen zu ersetzen; ebensowenig stand ihm das Recht zu, sich durch Verkauf der Sache zu befriedigen.

Einmal wird die Klage also begründet mit der Wiedererlangung der Sache durch den Eigentümer, wobei es gleichgültig erscheint, auf welche Weise der Eigentümer die Sache zurückerhält; ob durch freiwillige Rückgabe oder durch Eigentums- oder Besitzklagen gegen den Ersatzberechtigten, ob durch Zufall. Das Entscheidende ist nur, daß er sie auf Grund seines Eigentums wiedererlangt.

Eine Abtretung des Herausgabeanspruches durch den beklagten mittelbaren Besitzer muß als Wiedererlangung gelten[41]). Eine Wiedererlangung wird ferner auch anzunehmen sein, wenn der beklagte unmittelbare Besitzer dem Eigentümer lediglich den mittelbaren Besitz überträgt, zum Beispiel durch Abschluß eines Mietvertrages mit diesem[42]). Wenn jedoch die Sache nicht dem Eigentümer ausgehändigt wurde, sondern einem Nichteigentümer, den der Besitzer, wenn auch gutgläubig, für den Eigentümer hält, so kann darin nicht eine Wiedererlangung durch den Eigentümer gefunden werden[43]).

Aus Billigkeitsgründen kann sich der Eigentümer dem Anspruche durch Rückgabe der Sache entziehen (§ 1001. S. 2). Ihm steht somit eine facultas alternativa zu. Andernfalls würde der Eigentümer die unbeschränkte Haftung übernehmen auch für Aufwendungen, die den Wert der Sache überschreiten.

Selbstverständlich kann sich der Eigentümer nicht mehr auf sein Rückgaberecht berufen, wenn die Sache bei ihm mit oder ohne sein Verschulden untergegangen ist; denn in diesem Falle wäre eine Rückgabe unmöglich[44]). Dagegen schließt eine bloße Verschlechterung der Sache keineswegs das Rückgaberecht aus, nur hat hier der Eigentümer dem Besitzer den durch sein Verschulden entstandenen Schaden zu ersetzen[45]). Anderer Meinung R.G.R.K.[46]).

Stehen dem Eigentümer mehrere Besitzer gegenüber, ein unmittelbarer und ein mittelbarer, beide Ersatz für Verwendungen for-

---

41) Biermann, § 1001.
42) Biermann, § 1001, anders Wolff, § 86, V. 2b.
43) Biermann, Bem. 3.
44) Planck, Anm. zu 1001.
45) Prot. III, S. 366.
46) R.G.R.K., § 1001. 4.

dernd, so muß er die Sache an den unmittelbaren Besitzer herausgeben[47]).

Das Rückgaberecht kann sogar noch nach der Klageerhebung ausgeübt werden; es kommt dann zur Abweisung der Klage auf Ersatz der Verwendungen[48]).

Auf den ersten Blick könnte man glauben, der Besitzer werde durch solche Rückgabe an der Sache Eigentümer. Doch ist bei näherem Zusehen kein Grund hiefür zu erkennen. In dieser Rückgabe der Sache von seiten des Eigentümers wird m. E. nur unter besonderen Umständen ein Verzicht auf die Sache zu Gunsten des Ersatzberechtigten zu erblicken sein. Vielmehr geht lediglich der Besitz zum Zwecke der Befriedigung wieder auf den Besitzer zurück. Dieser kann mit der Sache nach § 1003 verfahren, ein etwaiger Mehrerlös fällt als Surrogat in das Eigentum des Eigentümers.

Der Eigentümer haftet wegen des Verwendungsanspruches nur mit der Sache, es handelt sich lediglich um eine gegenständlich beschränkte, unpersönliche Haftung[49]).

§ 1002 regelt den Fall, daß der Besitzer die Sache dem Eigentümer ohne Vorbehalt herausgegeben hat. Darnach erlischt der Ersatzanspruch mit dem Ablauf eines Monats bei beweglichen Sachen, bei Grundstücken mit dem Ablauf von sechs Monaten nach der Herausgabe, wenn nicht vorher die gerichtliche Geltendmachung erfolgt ist oder der Eigentümer die Verwendungen genehmigt hat. Die Geltendmachung oder Genehmigung der Verwendungen ist an eine bestimmte Frist geknüpft, somit liegt eine Ausschlußfrist vor, die im Prozeß von Amts wegen zu prüfen ist. Nach Ablauf obiger Fristen kann der Eigentümer das von ihm Bezahlte nach § 812 ff. BGB zurückverlangen, da das Recht des Besitzers untergegangen ist. Unter gerichtlicher Geltendmachung ist neben der Klage die Zustellung eines Zahlungsbefehls, die Anmeldung des Anspruches im Konkurs und die anderen Mittel zur Unterbrechung der Verjährung nach § 209 BGB zu verstehen.

Außer der Wiedererlangung der Sache wird die Klage begründet mit der Genehmigung der Verwendungen durch den Eigentümer. Die Genehmigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie kann auch stillschweigend sowie durch konkludente Handlungen zum Ausdruck gebracht werden. Einen besonderen Fall hiefür bringt § 1001 Satz 3, darnach gilt die Genehmigung als erfolgt, wenn der Eigentümer die ihm vom Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache annimmt. Der Eigentümer kann sich nach der Genehmigung als einer unbedingten Verpflichtung, nicht mehr durch Rückgabe der Sache befreien. Der Besitzer hingegen kann auf Ersatz seiner Verwendungen klagen, auch dann

47) Goldmann-Lilienthal, § 52 Anm. 33.
48) Planck, § 1000. 2.
49) Siber, S. 182 ff.

schon, wenn er noch im Besitz der Sache ist, und noch, wenn die Sache untergeht, bevor der Eigentümer sie zurückerhält.

Erforderlich zur Gültigkeit der Genehmigung ist keinesfalls eine Vereinbarung über die Höhe der Verwendungsansprüche. Vielmehr genügt, daß der Eigentümer sich mit der Aufwendung einverstanden erklärt[50]). Ueber die Höhe kann durch ein Feststellungsurteil entschieden werden. § 1002 Abs. 2 bestimmt die Anwendung von einigen Vorschriften der Verjährung auf die oben genannten Fristen. Darnach tritt eine Hemmung der Verjährung ein, solange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege oder durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung verhindert ist (§ 203), solange er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und ohne gesetzlichen Vertreter ist (§ 206) und wenn der Anspruch sich gegen den Nachlaß des Eigentümers richtet oder zum Nachlaß des Besitzers gehört (§ 207).

c) Das Selbstbefriedigungsrecht.

Es kann auch der Fall eintreten, daß der Eigentümer die Verwendungen weder genehmigt, noch die Sache zurücknimmt. Dadurch gerät der Besitzer in eine schwierige Lage; während der Eigentümer jederzeit mit der rei vindicatio an ihn herantreten kann, kann er für seine Verwendungen keinen Ersatz verlangen, solange die Voraussetzungen des § 1001 nicht erfüllt sind. Dem römischen Recht war diese Verlegenheit fremd, da der Besitzer in kurzer Zeit die Sache ersitzen konnte. Das Bürgerliche Recht aber kennt keine Ersitzung bei mala fides superveniens, § 937.

Einen Ausweg bietet in solchen Fällen der § 1003. Der Besitzer kann dem Eigentümer unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrags auffordern, sich innerhalb einer von ihm bestimmten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Aufwendungen genehmige. Die Frist muß angemessen sein[51]). Ihre Dauer ist nicht bestimmt; doch empfiehlt es sich, sie nicht zu kurz zu bemessen, da bei einer etwaigen Feststellung der Unangemessenheit im Prozeß die Kosten des Rechtsstreites den klagenden Besitzer treffen würden. Durch eine zu kurze Frist wird hingegen auch eine angemessene in Lauf gesetzt[52]).

Die Aufforderung bedarf keiner Form; doch ist zur Sicherung des Beweises eingeschriebener Brief oder noch besser Zustellung ratsam. Letztere schon deswegen, da der Kreis der Personen, an die zugestellt werden kann, ein bedeutend größerer ist, als beim eingeschriebenen Brief, der nur wenigen Personen ausgehändigt werden kann.

---

50) Planck, § 1001.
51) Staudinger, 1003.
52) R.G. 56, 234.

Dies zeigt ein Vergleich zwischen den §§ 180—186 Z.P.O. und § 40 VII. der Allgem. Dienstanweisung für Post und Telegraphie. Einschreibesendungen sind nach dieser Vorschrift, wenn der Empfänder nicht angetroffen wird, nur an Familienmitglieder auszuhändigen. Im Gegensatz hierzu kennt die Z.P.O. eine viel umfassendere Ersatzzustellung.

Verläuft die Frist, ohne daß inzwischen von seiten des Eigentümers eine Genehmigung erfolgt, so ist der Besitzer berechtigt, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen.

Zum Pfandverkauf nach §§ 1228 ff. bedarf der Besitzer nicht eines vollstreckbaren Titels, sondern er kann sich aus der Sache durch Verkauf befriedigen.

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt nach § 866 Z.P.O.: Durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung, durch Zwangsversteigerung oder durch Zwangsverwaltung. Eine eigentliche Befriedigung bringt streng genommen nur die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, erstere aus dem Erlöse, letztere aus den Erträgnissen der Sache. Wie eben bemerkt, ist die Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 866 Z.P.O. nicht geeignet für die Befriedigung des Besitzers, daher ist Planck[53]) der Ansicht, daß der Besitzer eine Sicherungshypothek nicht verlangen kann, weil sie kein Mittel zur Befriedigung aus dem Grundstück sei. Richtig argumentiert auch Biermann[54]), der die Sicherungshypothek ebenfalls für unzulässig hält, da mit dieser zugleich eine Forderung verbunden sei, für die dann der Eigentümer auch persönlich zu haften habe, eventuell über den Wert des Grundstücks.

Die Sicherungshypothek ist ihrem Wesen nach nur ein Sicherungsmittel; der Gläubiger wird durch sie sichergestellt, er soll aus dem Grundstück befriedigt werden, wenn er nicht auf andere Weise Bezahlung findet. Zur bereits vorhandenen persönlichen Haftung tritt die dingliche hinzu; in der dinglichen liegt keine Befriedigung, sondern nur eine Sicherstellung.

Im Gegensatz zu den Vorschriften des Pfandverkaufs bedarf die Durchführung der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen eines vollstreckbaren Titels nach den Vorschriften des Z.V.G. Der die Zwangsversteigerung betreibende Besitzer muß daher gegen den Eigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung klagen. Reicht der Erlös der versteigerten Sache zur Befriedigung des Besitzers nicht aus, so besteht keine Verpflichtung des Eigen-

53) Planck, § 1003.
54) Biermann, § 1003 Anm. 1.

tümers, den Ausfall zu decken, sogar auch dann nicht, wenn der Eigentümer die Sache selbst ersteht[55]).

Nicht kann für eine weitere Haftung § 1001 herangezogen werden, daß nämlich eine Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatz der Verwendungen deshalb gegeben sei, weil dieser die Sache wieder erlangt habe. Seite 57 wurde festgelegt, daß es gleichgültig sei, auf welche Weise der Eigentümer die Sache wieder erhält, wenn nur auf Grund seines Eigentums. Als Meistbietender erwirbt er die Sache aus einem ganz anderen Grund als Eigentum, nämlich durch den Zuschlag, der jedem gegenüber möglich ist, ohne irgend ein Verhältnis zur Sache zu haben.

Das Gesetz regelt auch die Möglichkeit, daß der Eigentümer den Anspruch vor Ablauf der gesetzten Frist bestreitet. Die bloße Erklärung, nicht zahlen zu wollen, ist streng genommen kein Bestreiten; praktisch aber wird sie als solche zu bewerten sein[56]). Darnach muß der Besitzer den Betrag durch Urteil (§ 256 Z.P.O.) feststellen lassen; nach der Rechtskraft hat er dem Eigentümer nochmals eine angemessene Frist zu setzen zur Erklärung. Erst nach fruchtlosem Verstreichen dieser Frist kann sich der Besitzer aus der Sache befriedigen, wobei für Vollstreckung in Grundstücke wiederum erforderlich ist ein vollstreckbarer Titel, der errungen wird durch Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung; denn das Feststellungsurteil stellt keinen geeigneten Titel dar[57]).

Diese Mehrheit von Prozessen, verbunden mit der daraus notwendig sich ergebenden Verzögerung, kann vermieden werden durch Geltungmachung aller Ansprüche in einer Klage.

d) Das Abtrennungsrecht.

Neben den bisher geschilderten Rechten des Besitzers, Ersatz für seine Verwendungen zu verlangen, steht ihm noch das Abtrennungsrecht zu, das jus tollendi des römischen Rechts. In den Fällen, in denen dem Besitzer kein Verwendungsanspruch zusteht, gewährte das Römische Recht nur das jus tollendi. Dort war es nur ein subsidäres Hilfsmittel für die Fälle, in denen der Besitzer einen Ersatzanspruch nicht hatte. Dort war die exceptio doli auf das Abtrennungsrecht gerichtet, was sich auch aus den Wendungen der Juristen ergibt. Celsus D. 6. 1. 38 sufficit tibi permitti tollere. Ulpian D. 6. 1. 37 licentia eis permittitur sed hoc ei concedendum est. Im Gegensatz dazu verlangt das BGB keine richterliche Erlaubnis zur Ausübung des Abtrennungsrechtes. Damit bekommt der Besitzer das Recht, Verwendungen, deren Ersatz er nicht verlangen kann, vor der Herausgabe der Sache wegzunehmen. Grundlage für die

55) Staudinger, § 1003; Planck, 1003.
56) Biermann, Bemerk. 1.
57) Staudinger, 1003.

Ausführung dieses Rechtes ist, daß die Wegnahme für den Besitzer tatsächlich von Wert ist und nicht aus Schikane erfolgt. Wenn er kein rechtliches Interesse an der Wegnahme haben kann, wird ihm das Recht versagt. Von besonderer Bedeutung ist das jus tollendi in den Fällen, in denen kein Ersatzanspruch besteht, doch kann es mit diesem konkurrieren, wobei dann der Besitzer die Wahl hat. Bemerkenswert ist, daß keine Unterscheidung gemacht wird, zwischen redlichem und unredlichem Besitzer, was aus dem Römischen Recht in das BGB übergegangen ist, und durchaus zu billigen ist, da ohnehin der Eigentümer genügend geschützt ist, durch § 258, wonach er nach der Wiedererlangung der Sache die Genehmigung zur Wegnahme verweigern kann, bis ihm für mit der Wegnahme verbundenen Schaden vorher Sicherheit geleistet wird.

§ 258 2. Satz enthält eine wichtige Abweichung vom römischen Recht. Dort ging jeder Anspruch mit dem Besitzverlust verloren, im BGB besteht in solchem Falle das Wegnahmerecht fort auch wenn der Eigentümer die Sache schon wieder erlangt hat. Entgegen dem römischen Recht braucht der Besitzer keine Kaution zu leisten, solange er die Sache besitzt, sondern nur wenn er von der wieder beim Eigentümer befindlichen Sache etwas wegnehmen will[58]). Als Sicherungsmittel genügte im römischen Recht die Verbal-Kaution, im Gegensatz dazu kennt das BGB nur reale Sicherheitsleistung und nur im Ausnahmefalle kann ein Bürge zugelassen werden. § 232[59]).

Erforderlich ist, daß der Besitzer eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil mit der Hauptsache verbunden hat. Andere Sachen, wie unwesentliche, mit denen er die Sache versehen hat, kann er natürlich ebenfalls wegnehmen, da bei diesen sein Eigentum bestehen blieb. Bei der Abtrennung sollen die Vorschriften des § 258 Anwendung finden § 997 Abs. 1. Nach der Trennung von wesentlichen Bestandteilen hat der Besitzer die Hauptsache wieder in den vorigen Stand zu bringen § 258, Satz 1.

Zu der positiven Voraussetzung des Abs. 1 Satz 1 des § 997 BGB fügt Abs. 2 drei negative hinzu, unter denen das Abtrennungsrecht ausgeschlossen ist[60]). Der Besitzer ist darnach nicht ermächtigt es auszuüben, wenn er gemäß § 994 Abs. 1 Satz 2 für die Verwendung Ersatz nicht verlangen kann, nämlich dann wenn diese zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten gehört und zu einer Zeit vorgenommen ist, für die dem Besitzer die Nutzungen verbleiben. Ferner ist das Wegnahmerecht ausgeschlossen, wenn die Fortnahme dem Besitzer keinen Vorteil gewährt, der aber nicht notwendig vermögensrechtlicher

58) Schlegelberger, S. 101.
59) Windscheid-Kipp, § 134.
60) Planck, § 997 Anm. 2.
61) Biermann, § 997 Anm. 2.

tümers, den Ausfall zu decken, sogar auch dann nicht, wenn der Eigentümer die Sache selbst ersteht[55]).

Nicht kann für eine weitere Haftung § 1001 herangezogen werden, daß nämlich eine Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatz der Verwendungen deshalb gegeben sei, weil dieser die Sache wieder erlangt habe. Seite 57 wurde festgelegt, daß es gleichgültig sei, auf welche Weise der Eigentümer die Sache wieder erhält, wenn nur auf Grund seines Eigentums. Als Meistbietender erwirbt er die Sache aus einem ganz anderen Grund als Eigentum, nämlich durch den Zuschlag, der jedem gegenüber möglich ist, ohne irgend ein Verhältnis zur Sache zu haben.

Das Gesetz regelt auch die Möglichkeit, daß der Eigentümer den Anspruch vor Ablauf der gesetzten Frist bestreitet. Die bloße Erklärung, nicht zahlen zu wollen, ist streng genommen kein Bestreiten; praktisch aber wird sie als solche zu bewerten sein[56]). Darnach muß der Besitzer den Betrag durch Urteil (§ 256 Z.P.O.) feststellen lassen; nach der Rechtskraft hat er dem Eigentümer nochmals eine angemessene Frist zu setzen zur Erklärung. Erst nach fruchtlosem Verstreichen dieser Frist kann sich der Besitzer aus der Sache befriedigen, wobei für Vollstreckung in Grundstücke wiederum erforderlich ist ein vollstreckbarer Titel, der errungen wird durch Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung; denn das Feststellungsurteil stellt keinen geeigneten Titel dar[57]).

Diese Mehrheit von Prozessen, verbunden mit der daraus notwendig sich ergebenden Verzögerung, kann vermieden werden durch Geltungmachung aller Ansprüche in einer Klage.

d) Das Abtrennungsrecht.

Neben den bisher geschilderten Rechten des Besitzers, Ersatz für seine Verwendungen zu verlangen, steht ihm noch das Abtrennungsrecht zu, das jus tollendi des römischen Rechts. In den Fällen, in denen dem Besitzer kein Verwendungsanspruch zusteht, gewährte das Römische Recht nur das jus tollendi. Dort war es nur ein subsidäres Hilfsmittel für die Fälle, in denen der Besitzer einen Ersatzanspruch nicht hatte. Dort war die exceptio doli auf das Abtrennungsrecht gerichtet, was sich auch aus den Wendungen der Juristen ergibt. Celsus D. 6. 1. 38 sufficit tibi permitti tollere. Ulpian D. 6. 1. 37 licentia eis permittitur sed hoc ei concedendum est. Im Gegensatz dazu verlangt das BGB keine richterliche Erlaubnis zur Ausübung des Abtrennungsrechtes. Damit bekommt der Besitzer das Recht, Verwendungen, deren Ersatz er nicht verlangen kann, vor der Herausgabe der Sache wegzunehmen. Grundlage für die

55) Staudinger, § 1003; Planck, 1003.
56) Biermann, Bemerk. 1.
57) Staudinger, 1003.

Ausführung dieses Rechtes ist, daß die Wegnahme für den Besitzer tatsächlich von Wert ist und nicht aus Schikane erfolgt. Wenn er kein rechtliches Interesse an der Wegnahme haben kann, wird ihm das Recht versagt. Von besonderer Bedeutung ist das jus tollendi in den Fällen, in denen kein Ersatzanspruch besteht, doch kann es mit diesem konkurrieren, wobei dann der Besitzer die Wahl hat. Bemerkenswert ist, daß keine Unterscheidung gemacht wird, zwischen redlichem und unredlichem Besitzer, was aus dem Römischen Recht in das BGB übergegangen ist, und durchaus zu billigen ist, da ohnehin der Eigentümer genügend geschützt ist, durch § 258, wonach er nach der Wiedererlangung der Sache die Genehmigung zur Wegnahme verweigern kann, bis ihm für mit der Wegnahme verbundenen Schaden vorher Sicherheit geleistet wird.

§ 258 2. Satz enthält eine wichtige Abweichung vom römischen Recht. Dort ging jeder Anspruch mit dem Besitzverlust verloren, im BGB besteht in solchem Falle das Wegnahmerecht fort auch wenn der Eigentümer die Sache schon wieder erlangt hat. Entgegen dem römischen Recht braucht der Besitzer keine Kaution zu leisten, solange er die Sache besitzt, sondern nur wenn er von der wieder beim Eigentümer befindlichen Sache etwas wegnehmen will[58]). Als Sicherungsmittel genügte im römischen Recht die Verbal-Kaution, im Gegensatz dazu kennt das BGB nur reale Sicherheitsleistung und nur im Ausnahmefalle kann ein Bürge zugelassen werden. § 232[59]).

Erforderlich ist, daß der Besitzer eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil mit der Hauptsache verbunden hat. Andere Sachen, wie unwesentliche, mit denen er die Sache versehen hat, kann er natürlich ebenfalls wegnehmen, da bei diesen sein Eigentum bestehen blieb. Bei der Abtrennung sollen die Vorschriften des § 258 Anwendung finden § 997 Abs. 1. Nach der Trennung von wesentlichen Bestandteilen hat der Besitzer die Hauptsache wieder in den vorigen Stand zu bringen § 258, Satz 1.

Zu der positiven Voraussetzung des Abs. 1 Satz 1 des § 997 BGB fügt Abs. 2 drei negative hinzu, unter denen das Abtrennungsrecht ausgeschlossen ist[60]). Der Besitzer ist darnach nicht ermächtigt es auszuüben, wenn er gemäß § 994 Abs. 1 Satz 2 für die Verwendung Ersatz nicht verlangen kann, nämlich dann wenn diese zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten gehört und zu einer Zeit vorgenommen ist, für die dem Besitzer die Nutzungen verbleiben. Ferner ist das Wegnahmerecht ausgeschlossen, wenn die Fortnahme dem Besitzer keinen Vorteil gewährt, der aber nicht notwendig vermögensrechtlicher

58) Schlegelberger, S. 101.
59) Windscheid-Kipp, § 134.
60) Planck, § 997 Anm. 2.
61) Biermann, § 997 Anm. 2.

Natur zu sein braucht[61]). Es ist das ein Sonderfall der allgemeinen Vorschrift des § 226, wonach die schikanöse Rechtsausübung ausgeschlossen wird. In diesem Falle heißt es: „wenn sie für ihn keinen Nutzen hat"; im § 226 hingegen „wenn er keinen Nutzen haben kann."

Als dritte Voraussetzung des Wegnahmeverbotes bringt § 997 den Fall, wo dem Besitzer mindestens der Wert ersetzt wird, den die verwendete Sache nach der Trennung für ihn haben würde, wobei auch die Kosten in Betracht zu ziehen sind, die der Besitzer für die Abtrennung aufwenden muß. Bei der Wertfestsetzung ist, da der Wert als maßgebend bestimmt wurde, den die abgetrennte Sache für den Besitzer hat, die Person des Besitzers maßgebend[62]), evtl. ist auch dessen Affektionsinteresse zu berücksichtigen[63]). Bei dieser letzten Bestimmung obliegt dem Besitzer die Prüfung, ob der Eigentümer zum Ersatz dieses Mindestwertes bereit ist. Er muß ihn also vorher auffordern und darf erst, wenn jener Ersatz verweigert wird, sein Recht ausüben[64]).

Der Besitzer kann also die mit der Hauptsache verbundene Sache abtrennen und sich aneignen.

Damit fällt das Eigentum wieder auf den Aufwendenden zurück, ohne daß es einer weiteren Mitwirkung des Eigentümers, etwa in Form einer Rückübergabe, bedürfte. Es könnten Zweifel entstehen, ob dieses jus tollendi auch dem Besitzer, der nicht Eigentümer des verbundenen wesentlichen Bestandteiles war, offen steht.

Das Aneignungsrecht bedeutet die Befugnis durch Abtrennung und Besitzergreifung Eigentum an dem bisherigen wesentlichen Bestandteile zu erwerben.

Es wird jedoch vorausgesetzt, daß die abzutrennende Sache vor der Verbindung dem Besitzer gehörte; trifft das nicht zu, so ist nach § 951 Abs. 2 Satz 2 ihr früherer Eigentümer derjenige, dem das Wegnahmerecht zusteht. Das Verhältnis zwischen dieser Bestimmung und § 997 darf nicht etwa so gedacht werden, als ob auch § 951 das Aneignungsrecht auf den Besitzer der Hauptsache beschränkte und es diesem nur für den Fall einräumte, wenn die abzutretende Sache ohne von ihm selbst verbunden zu sein, ihm gehört hat. Vielmehr erlaubt § 951 dem früheren Eigentümer die Wegnahme allgemein, gleichviel von wem die Verbindung vorgenommen war. Beide zugleich aber, der frühere Eigentümer und ein davon verschiedener Besitzer, können nicht wohl wegnahmeberechtigt sein. Nach Hellmann[65]) soll durch die Wegnahme vonseiten des Besitzers, wenn dieser nicht zugleich Eigentümer der verbundenen Sache ist, das Eigentum des früheren Besitzers wieder aufleben,

62) Biermann, 997 Anm. 2.
63) Planck, § 997 Anm. 3; Baring, Bd. 14 Heft 11/12 S. 673.
64) Planck, § 997.
65) Hellmann, in Blätter für Rechtsanwendung Bd. 67 S. 290.

welcher Auffassung auch Staudinger in früheren Auflagen zuneigte. Die heute wohl herrschende Meinung[66]) gewährt dem Besitzer, der nicht Eigentümer der verbundenen Sache ist, ein besonderes Aneignungsrecht. Richtig ist, daß dies dem Wortlaut des Gesetzes entspricht, sowie auch, daß der Besitzer häufig nicht weiß, daß er eine fremde Sache verbindet. Für den früheren Eigentümer dagegen sollen nur obligatorische Ansprüche auf Herausgabe der Bereicherung (§ 951) in Frage kommen.

Nicht anwendbar ist natürlich § 997 auf § 947 Abs. 1, wenn durch die Verbindung beweglicher Sachen deren Eigentümer Miteigentümer der neuentstandenen Sache geworden sind[67]).

Zur selbständigen Ausübung des Abtrennungsrechtes ist nur der unmittelbare Besitzer im Stande. Der mittelbare Besitzer kann aber, nachdem der Eigentümer die Sache wiedererlangt hat, die Gestattung der Abtrennung verlangen[68]).

Das Wegnahmerecht bezieht sich auch auf Bäume und Pflanzen, die der Besitzer in ein fremdes Grundstück eingepflanzt hat. Diese sind als Nutzungen des Grundstückes zu betrachten. Nach §§ 987 und 990 haben Prozeßbesitzer und unredliche Besitzer auf die Nutzungen keinen Anspruch. War daher der Besitzer bösgläubig oder nahm er die Einpflanzung erst nach der Rechtshängigkeit vor, so kann sein Wegnahmerecht durch einen Entschädigungsanspruch des Grundeigentümers wertlos werden. Dieser hat, wenn er von der Lösungsbefugnis des § 997 Abs. 2 Gebrauch macht, dem Besitzer nur den Wert zu ersetzen, den die Pflanzen vor ihrer Verbindung mit dem Grundstücke hatten[69]).

Wer als gutgläubiger Besitzer die Einpflanzung vorgenommen hat, wird sich regelmäßig besser stellen, wenn er das Abtrennungsrecht nicht ausübt, sondern Verwendungsansprüche geltend macht[70]).

e) Der Ersatz für auf die Früchte gemachte Verwendungen.

Endlich soll eine letzte Art von Verwendungen eine kurze Betrachtung finden; es sind das die Verwendungen zur Gewinnung der Früchte. Diese sind aus volkswirtschaftlichen Gründen in höherem Maße begünstigt als solche auf die Sache. Sie kommen nur in Frage bei Herausgabe eines landwirtschaftlichen Grundstückes. Hierunter ist ein der Produktion von Nutzpflanzen oder der Viehzucht dienendes Grundstück zu verstehen, z. B. ein Acker, eine

66) Staudinger: Zu § 997; Planck, Bem. 4; Wolff, Sachenrecht, § 79, I. 3.
67) Biermann, Bemerk. 1 und Planck, Bemerk. 2.
68) Biermann, Bemerk. 1.
69) Planck, a. a. O.; Biermann, a. a. O.; Staudinger.
70) Biermann, Bemerk. 4.

Wiese. Biermann[71]) nennt noch weiter als darunter fallend einen Gemüsegarten, nicht aber soll ein Blumengarten dazu gehören. Die Protokolle[72]) sind der Auffassung, daß nur ein Ackergrundstück ein landwirtschaftliches Grundstück sei. Mag das auch zu eng erscheinen, so darf andererseits nicht auch ein Gemüsegarten als landwirtschaftliches Grundstück bezeichnet werden, wenn schon die Gesetzgeber einen engen Rahmen ziehen. Heute werden allerdings gärtnerische Grundstücke verschiedentlich wie landwirtschaftliche behandelt, nicht aber kraft Auslegung, sondern durch besonders betonte Gleichstellung[73]).

Hat eine Trennung der Früchte noch nicht stattgefunden, sodaß die Früchte als Bestandteile des Grundstückes herauszugeben sind, so bestimmt § 998 die Pflicht des Eigentümers dem Besitzer die auf die Früchte verwendeten Kosten zu ersetzen, mit der Beschränkung, daß es sich um ein landwirtschaftliches Grundstück handeln muß und daß die Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft noch vor dem Ende des laufenden Wirtschaftsjahres zu trennen sein werden. Der Anfang des Wirtschaftsjahres richtet sich nach dem örtlichen Herkommen[74]).

Die Kosten sind nur soweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen. Eine derartige Bestimmung war dem römischen Recht fremd. Der gute oder böse Glauben, die Rechtshängigkeit oder Nichtrechtshängigkeit sind für den Ersatzanspruch ohne Bedeutung.

Geltend gemacht kann der Anspruch auf Ersatz der Verwendung auf die Früchte werden durch das Zurückbehaltungsrecht § 1000, durch Klage § 1001 und § 1002 und mittels § 1003.

---

71) Biermann, Bemerk. 1.
72) Prot. III. 401.
73) Gesetz zur Regelung der landwirtschaftl. Schuldverhältnisse vom 1. Juli 1933.
74) Protok. III, S. 357.